أ. الدكتور بلحاج العربي

الحقوق العينيّة

في القانون المدنيّ الجزائريّ

في ضوء أحدث الاجتهادات القضائيّة المشهورة للمحكمة العليا



دراسة مقارنة



بلحاج العربي

أستاذ بكلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة وهران

الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري في ضوء أحدث الإجتهادات القضائية المشهورة للمحكمة العليا

-دراسة مقارنة -

الطبعة الثانية 2017



– صنف : 5/555

– الإيداع القانوني : السداسي الأول 2016

– ردمك : ISBN :978–9931–03–182–6

www.editionshouma.com

email:Info@editionshouma.com

إهــــداء

أهدي هذا الكتاب إلى طلاب العلم بكليات الحقوق في الجامعات الجزائرية،

أمل الجزائر في حياة أفضل، متمنيا لهم مستقبلا زاهرا.

المؤلف

مقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، سيدنا محمد خاتم النبيين، وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد :

فهذه خلاصة منظمة لشرح أحكام الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري، وفق آخر التعديلات التشريعية ؛ في ضوء قواعد الفقه الإسلامي، والقانون المدني المقارن، والإجتهادات القضائية للمحكمة العليا.

وقد راعيت عند إعدادها الإيجاز في العرض، وسهولة العبارة، وحسن الترتيب، بعيدا عن الصرامة والتعقيد ؛ إنطلاقا من المبادئ الأساسية والقواعد العامة التي تنظم الملكية والتأمينات العينية، لتمكين الطالب من فهم أحكام الحقوق العينية الأصلية والتبعية بكل سهولة ويسر. والكتاب في أساسه هو تكملة لسلسلة كتبنا القانونية المتعلقة بشرح أحكام القانون المدني الجزائري، وقد سبق لنا شرح القواعد المتعلقة بمصادر الإلتزام وأحكامه[1].

وقصدت عند كتابتها عدم الوقوف كثيراً عند التفاصيل الثانوية، حتى أجنب الدارس تشتت أفكار المادة العلمية، وطغيان المسائل الفرعية على المبادئ الكلية الأساسية ؛ فيستطيع الطالب العادي أن يتقن فهم قواعد الحقوق العينية الأصلية، ومنها : حق الملكية في حد ذاته، والملكية الشائعة وصورها المختلفة، والحقوق المتفرعة عن حق الملكية، وأسباب كسب الملكية بوجه عام ؛ وكذا أحكام الحقوق العينية التبعية، وهي التأمينات العينية : كالرهن الرسمي، والرهن الحيازي، وحقوق الإمتياز، وحق الإختصاص.

---

[1] - د. بلحاج العربي، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، دار هومه، ج1، المصادر الإرادية، في كتابين، ط2، 2016 ؛ ولنفس المؤلف، أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، الدار نفسها، ط2، 2016 ؛ الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية في ضوء القانون المدني الجزائري، الدار نفسها، 2015 ؛ النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني الجزائري، د.م.ج، ط7، مزيدة ومنقحة ومزيدة، 2016، ج1، المصادر الإرادية، ج2، الوقائع القانونية.

ورجائي أن تكون هذه الدروس واضحة، محققة للهدف الأكاديمي المنشود، قريبة لأذهان الطلاب، فتساعدهم على استيعاب مسائل وقضايا الحقوق العينية الأصلية والتبعية.

وتحقيقاً للفائدة العلمية المرجوة، حاولت قدر الإمكان الاعتماد على قرارات المحكمة العليا الحديثة المتوفرة في مادة الحقوق العينية، وخاصة تلك الصادرة عن الغرفة العقارية؛ وهذا بهدف تقريب الفهم للطلاب، وتجلية الإجتهادات القضائية المشهورة وإبرازها لهم، من خلال الجوانب التطبيقية العملية، بما يتناسب مع المرحلة الجامعية.

فقد عمدت التوسع في شرح المسائل المتعلقة بحق الملكية، وأسباب كسب الملكية، والحقوق المتفرعة عن حق الملكية؛ كما أنني تعمقت في مواضيع كثيرة تتعلق بالحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية وهي ما يسمى بالضمانات؛ بحيث يكون الكتاب شاملا لجميع أحكام الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري، ليعم النفع به ويسهل على الطلاب والباحثين الأخذ منه والإستفادة منه بكل سهولة. وهذه الدراسة الموجزة للحقوق العينية، رأيت قدر المستطاع أن تكون على سبيل الدراسة المقارنة، وخاصة فيما خلص إليه فقهاء الشريعة الإسلامية الغراء؛ وكذا الرجوع أحيانا إلى بعض التشريعات المدنية العربية، والقانون المدني الفرنسي، لأنه بالمقابلة يتضح المقال.

وأسأل الله تبارك وتعالى، أن يحوز هذا الكتاب رضا المشتغلين بالقانون المدني الجزائري، والله ولي التوفيق.

الأستاذ الدكتور بلحاج العربي



تمهيد

نعرض في هذا التمهيد بصورة موجزة للمسائل المهمة الآتية :

1- المقصود بالحقوق المالية.

2- الأشياء هي محل الحقوق العينية.

3- التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي.

4- إختصاصات القضاء العقاري.

5- أنواع الحقوق العينية.

6- التعداد الحصري للحقوق العينية.

7- خطة البحث.

أولا : المقصود بالحقوق المالية

تنقسم الحقوق الخاصة (Droits privés) في القانون المدني الجزائري، بالنظر إلى القيمة إلى ثلاثة أنواع أساسية : **حقوق مالية، وحقوق غير مالية، وحقوق معنوية** (أو مختلطة).

والمراد بالحقوق المالية (Droits pécuniaires) التي تهمنا في هذا الكتاب، **هي الحقوق التي تتميز بطابعها المالي التي تدخل في المال** والأموال (Droit des biens)، **أي حقوق الذمة المالية التي يكون محلها قابلا للتقويم بالنقود** (Le patrimoine est le contenant des biens)[1]؛ فهي الحقوق التي تحقق لصاحبها في الحياة العملية **مصلحة مادية أي إقتصادية**، والتي يمكن التمتع بها باستعمالها واستغلالها والتصرف فيها في حدود القانون.

---

[3].Le droit des biens a pour objet l'étude des relations entre une personne et une chose, qui vont de la simple propriété individuelle à la propriété partagée, collective ou démembrée.

Voir Marty (G), Raynaud (P) et Jourdain (P), Droit civil, Les Biens, Dalloz,3e éd, Paris, 1995, p 5 ; Malaurie (Ph) et Aynès (L), Les Biens. 3° éd, Defrénois, Paris, 2007, N° 8 ; Simler Ph, Les Biens, Puf, Paris, 1996, p 13, N° 9.

ولهذا فإنها تقوم بالمال، وتقبل التعامل والتداول (Au sens d'être évaluable et échangeable en tant que marchandise)،[1] وتقبل الحجز عليها في حالات معينة وقت التنفيذ ؛ كما أنها تنتقل بوفاة صاحبها إلى ورثته الشرعيين كقاعدة عامة.[2]

ومن ثم، فإن موضوع الحق في الحقوق المالية يقوم بالمال، أي له قيمة إقتصادية مادية (une valeur économique) ؛ وهي تكون أساسا الجانب الإيجابي من الذمة المالية للشخص (Les biens se caractérisent par leur valeur patrimoniale)؛[3] فهي التي تكون ضامنة لديون المدين، ومحلا للحجز والتنفيذ وفقا للقانون رقم 09/08 المتضمن **قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد** المؤرخ في 2008/02/25 (م 620 وما بعدها). وفي هذا نصت المادة 188 من ق.م على فكرة الضمان العام لحقوق الدائنين بقولها بأن : **"أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه، وفي حالة عدم وجود حق أفضلية مكتسب طبقا للقانون، فإن جميع الدائنين متساوون تجاه هذا الضمان"**.

وعلى ذلك، يكون الحق المالي : **حقا شخصيا** (droit personnel)، أو **حقا عينيا** (droit réel)، **أو حقوقا معنوية** (Les droits intellectuelles) ؛ والذي يهمنا في هذا الكتاب هو **الحق العيني** وجمعه **"الحقوق العينية"** ؛ وسميت بـ **"العينية"** لأنها ترد على الأعيان من العقارات والمنقولات، أي على شيء مادي معين مقوم نقدا ، يمكن الإنتفاع به قابل للتمليك، وهي الحقوق التي تخول لصاحبها سلطة مباشرة على هذا الشيء.[4]

---

[1]- Barbier J-F, Note sous Cass.Civ, 3°, 26/091991, JCP, 1992, 2, 21825 ; Hage-Chahine F, Essai d'une nouvelle classification des droits privés, RTD civ, 1982, p 705 et s.

[4] - Cf. Catala P, Les transformations du patrimoine dans le droit civil moderne, RTD civ, 1996, p 185 et s ; Seriaux A, La notion juridique de patrimoine, RTD civ, 1994, p 801 et s ; Cornu (G), Droit civil, Introduction, Les personnes, Les Biens, 12° éd, Montchrestien, Paris, 2007, N° 839 et s.

[3] - Malaurie (Ph) et Aynès (L), Les Biens. op. cit, N° 28 ; Larroumet (ch), Droit civil, T 1, Introduction à l'étude de droit privé, Econimica, Paris, éd, 1997, N° 412.

[4] - د. بلحاج العربي، الوسيط في شرح الحقوق العينية في ضوء الفقه الإسلامي والأنظمة السعودية والإجتهادات القضائية، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط2، 2016، ص 19 وما بعدها.

وتشمل الحقوق المالية في التشريع الجزائري كما أشرنا، **الحقوق المعنوية أو الذهنية أو المختلطة** التي ترد على شيء غير مادي لا يدرك إلا بالتصور: وهي ما يسمى بـ **"حقوق الملكية الفكرية"** (Les propriétés intellectuelles): كحقوق المؤلف والمخترع والفنان، وبراءات الاختراع، والرسوم والنماذج الصناعية، والعلامات التجارية، والإسم التجاري، والتي تخضع لقوانين خاصة تنظم حماية **الملكية الأدبية والفنية والصناعية من التقليد والتزييف**[1]؛ بما فيها حماية الاسم التجاري، والبيانات التجارية، والعلامات التجارية والصناعية المميزة للمنتجات، والماركة المسجلة، والملكية التجارية (propriété commerciale)، والملكية الإلكترونية، وحقوق المؤلف والحقوق المجاورة وغيرها.

فهي حقوق عينية ترد على شيء معنوي أو أدبي غير مالي (وهي من الحقوق اللصيقة بالشخص من هذه الناحية)، غير أنها **في جانبها المالي**، تخول لصاحبها حقوقا فكرية أو صناعية مالية قابلة للتقويم بقيمة مالية معينة، **أي يمكن تقويم محلها بالنقود**؛ واستغلالها إستغلالا ماليا يقبل التصرف فيه، فيكون لصاحبها حق احتكار هذا الإستغلال المالي واستثماره في الحصول على ما يدره له من ربح[2]. ومن ثم، فهي تتميز

---

[1]- نظرا لطبيعتها الخاصة، فإن الملكية الفكرية والصناعية والتجارية، تخضع في القانون الجزائري إلى قوانين خاصة تنظمها؛ فهي حقوق ترد على أشياء غير مادية، وهي متعلقة بحق الملكية، إذ هي ملكية حقيقية كما هو الشأن في ملكية الأشياء المادية؛ والملكية الفكرية والصناعية محمية بأحكام التشريع الجزائري، وكذا بالمعاهدات والإتفاقيات الدولية.

راجع د. **فاضلي إدريس**، المدخل إلى الملكية الفكرية، دار هومه، الجزائر، 2004، ص33 وما بعدها؛ **بلقاسمي كهينة**، محاضرات في الملكية الفكرية والملكية الصناعية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2012، ص 10 وما بعدها.

[2]- أنظر د. **فرحة زراوي صالح**، الحقوق الفكرية، دار إبن خلدون، وهران، 2003 و2006؛ **حسين مبروك**، المدونة الجزائرية للملكية الفكرية، دار هومه، الجزائر، 2007، ص8 وما بعدها؛ **نسرين شريقي**، حقوق الملكية الفكرية، دار بلقيس، الجزائر، 2014، ص 7 وما بعدها؛ **د. محي الدين عكاشة**، حقوق المؤلف في ضوء القانون الجزائري، د.م.ج، الجزائر، 2007؛ **دويس الطيب**، براءة الإختراع مؤشر لقياس تنافسية المؤسسات والدول" حالة الجزائر، رسالة ماجستير، جامعة ورقلة، 3005؛ **د. حمادي زبير**، مسألة الإختصاص القضائي في دعوى البطلان المتعلقة بالملكية الصناعية في ضوء أحكام ق.إ.م.إ وقوانين الملكية الصناعية، م.م.ع، 2011، العدد1، ص 44 وما بعدها؛ التقليد في ضوء القانون والإجتهاد القضائي، المجلة نفسها، 2012، عدد خاص.

Voir Malaurie (Ph) et Aynès (L), Les Biens. Op.cit, N° 28 ; Seriaux A, La notion juridique de patrimoine, op.cit, p 801 et s . Pouillet, Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique, 1908, N° 9.

بطابعها المالي، وبخصائصها التي تشبه خصائص الحقوق المالية ؛ وفي هذا نصت المادة 687 من ق.م على أن : " **الحقوق المعنوية التي ترد على الأشياء غير مادية تنظمها القوانين الخاصة بها.**"[1]

وهو ما أشار إليه فقهاء الفقه الإسلامي، من أن **المال هو كل شيء له قيمة مالية بين الناس يمكن حيازته والإنتفاع به على وجه معتاد**، داخل في دائرة التعامل الشرعي، **قابل لأن يتملكه الشخص على الوجه المشروع**؛[2] سواء كان من الأشياء المادية (كالعقارات والمنقولات)، أو المنافع (كالإجارة والإعارة)،[3] أو **الحقوق المعنوية المقومة بمبلغ من المال**، باعتبارها أصبحت حقوقا مالية خاصة لا يجوز الإعتداء عليها (كالحقوق الأدبية والفنية والصناعية والتجارية، والتي منها حقوق الإختراع والإبتكار، وحقوق التأليف، والإسم التجاري، والعلامة التجارية، والنماذج الصناعية وغيرها) ؛ وهي محمية شرعا ومسجلة بأسماء أصحابها، ولا تنتقل الملكية نتيجة التصرف فيها إلا بتسجيلها في سجلات خاصة.[4]

---

[1]- كقانون حماية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة (الأمر رقم 05/03 المؤرخ في 2003/07/19) ؛ وقانون براءات الاختراع (الأمر رقم 07/03 المؤرخ في 2003/07/19) ؛ وقانون التصاميم الشكلية (الأمر رقم 08/03 المؤرخ في 2003/07/19) ؛ وقانون العلامات التجارية (الأمر رقم 06/03 المؤرخ في 2003/07/19) ؛ وقانون حماية المستهلك وقمع الغش (القانون رقم 03/09 المؤرخ في 2009/02/25) ؛ وقانون البذور والمشاتل وحماية الحيازة النباتية (القانون رقم 03/05 المؤرخ في 2005/02/29) ؛ وقانون تسميات المنشأت (الأمر رقم 65/76 المؤرخ في 1976/07/16) ؛ وقانون الرسوم والنماذج (الأمر رقم 86/66 المؤرخ في 1966/04/28) ؛ وغيرها.

[2]- المادة 126 من مجلة الأحكام العدلية ؛ أنظر ابن قدامة، المغني، ج4، ص 7 ؛ ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص184 ؛ الدسوقي على الشرح الكبير، ج3، ص 14 ؛ السيوطي، الأشباه والنظائر، ص 197. وراجع: الشيخ علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، ص2 و28 وما بعدها ؛ الشيخ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ص51 و52؛ د. محمد يوسف، الأموال ونظرية العقد، ص 162 ؛ د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، ص 43 وما بعدها ؛ د. مصطفى شلبي، المدخل للتعريف بالفقه الإسلامي، ص 167 ؛ د. صالح المحيميد، الحق وأنواعه، مجلة العدل، الرياض، العدد الأول، محرم 1420.

[3]- ويشترط لتحقق مالية الشيء ثلاثة شروط شرعية: إمكانية حيازته ماديا أو معنويا، وإمكانية الإنتفاع به على الوجه المشروع، وأن يكون داخلا في دائرة التعامل الشرعي. أنظر في تفصيل ذلك: د. بلحاج العربي، الوسيط في شرح الحقوق العينية في ضوء قواعد الفقه الإسلامي، المرجع المذكور، ص 21 وما بعدها ؛ النظريات العامة في الفقه الإسلامي، د.م.ج، الجزائر، ط2، 2001، فقرة رقم 353 وما بعدها ؛ ولنفس المؤلف: معالم نظرية الحق لدى فقهاء الشريعة الإسلامية، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، الرياض، السعودية، 1995، العدد 25.

Voir dans ce contexte, El Shakankiri (M), les choses en droit musulman, Rev.Arch.phil.droit, Paris, 1979.

[4]- مجمع الفقه الإسلامي، المؤتمر الخامس، الكويت، من 5 إلى 10 ديسمبر 1988.

ثانيا : الأشياء هي محل الحقوق العينية

أشارت المادة 682 من القانون المدني الجزائري على أن : **كل شيء له قيمة مادية، أي قيمة مالية، يمكن تقديرها بمبلغ من النقود، غير خارج عن دائرة التعامل بطبيعته، أو بحكم القانون، يصلح أن يكون محلا للحقوق المالية** ؛ أي بمعنى أن يكون داخلا في دائرة الملكية والمال والأموال.

ومن ثم، فإن الأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها (كالمباحات العامة، كأشعة الشمس أو الهواء...)، أو بحكم القانون (كالأموال العامة، والأموال الموقوفة...)، فإنها لا تكتسب إلا بإذن الحكومة أو ترخيص من ذوي الشأن لمصلحة راجحة ماسة يقرها القانون...)، أو الممنوعة الخرجة عن دائرة التعامل (كالمخدرات، والأسلحة الحربية، والنقود المزورة، وأموال السرقة أو الرشوة...).

وتشمل الأملاك الوطنية (Le domaine public) التي لا يجوز التصرف فيها إلا بموجب القانون (م 688 و689 من ق.م)، مجموع الأملاك والحقوق العقارية والمنقولة التي تحوزها الدولة، وجماعاتها الإقليمية كالولاية والبلدية، في شكل ملكية عمومية أو خاصة (م 2 من القانون رقم 30/90 المؤرخ في 1990/12/01، المعدل والمتمم بالقانون رقم 14/08 المؤرخ في 2008/07/20).

فالأصل في المال في التشريع الجزائري أنه قابل للتملك بالأسباب المكسبة له، مادام يقبل الإحراز والإنتفاع به، وما دام يعتبر داخلا في دائرة التعامل الشرعي ؛ **غير أنه قد يعرض له عارض قانوني يجعله غير قابل للتملك في كل الأحوال أو بعضها** : كالأموال الوطنية المملوكة للدولة المخصصة للنفع العام، التي لا يجوز التصرف فيها، ولا الحجز عليها، ولا إكتسابها بالتقادم مهما طالت المدة (م 688 و689 من ق.م و4 من القانون رقم 30/90 المتضمن قانون الأملاك الوطنية) ؛ وكذا الأموال الموقوفة التي تم وقفها بمقتضى عقد الوقف (م 213 من ق.أ، و23 من القانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف).[1] أما إذا زالت هذه الصفة لسبب ما، فيتغير حكمها

---

[1]- "من المقرر قانونا انه: **لا يجوز التصرف في الأموال العامة إلا بموجب القانون، كما انه لا يجوز حجزها أو تملكها بالتقادم مهما طالت مدة الحيازة المنصبة عليها عملا بأحكام المادتين 688 و689**

حينئذ، وتصبح قابلة للتملك، كما لو أصبحت الحدائق العامة حدائق خاصة مثلا فإنه يجوز تملكها.[1]

ومن هذا المنطلق، فإن **الحقوق المالية التي يمكن تقديرها بالنقود** في **القانون الجزائري محلها الأشياء المادية من المال والأموال والأملاك** (Les Choses) ؛ وهي تتقسم من حيث حركتها وثباتها وفقا للمواد 682 إلى 687 من ق.م إلى : **عقار** (Les immeubles) **ومنقول** (Les meubles).

وهي قد ترد أيضا على شيء مادي، فيسمى ب "**الحق العيني**" (droit réel) الذي نحن بصدده (م 674 إلى 1003 من ق.م)، وقد ترد على أداء فيسمى "**حقا شخصيا**" وهو الدائنية أو الالتزام (droit personnel)، فيكون الأداء عندئذ محلا للحق المالي ؛ وقد سبق دراسته بالتفصيل في مادة مصادر الإلتزام وأحكامه (م 53 إلى 673 من ق.م).[2]

والعقارات (Les immeubles) في القانون العقاري الجزائري : **هي كل مال ثابت في حيزه، لا يمكن نقله من مكان إلى أخر دون تلف** (م 1/683

من ق.م. ومن ثم، لا يمكن الحصول على ملكية مملوكة للدولة من طرف الطاعنين عن طريق
الحيازة : ومتى كان كذلك إستوجب رفض الطعن."
المحكمة العليا، غ.م، 1990/10/21، ملف رقم 73271، م.ق، 1992، العدد1، ص 143 ؛
1993/01/27، ملف رقم 100370، المرجع نفسه، 1995، العدد1، ص 107 ؛ 1998/02/25،
ملف رقم 150719، إ.ق.غ.ع، عدد خاص، 2004، ج2، ص245 ؛ تعليق أ. **بوتارن فايزة**، المرجع
نفسه، ص 254 ؛ 1999/04/28، ملف رقم 186635، م.ق، 2000، العدد1، ص 143 ؛
1997/01/19، ملف رقم 123640، غير منشور.
"من المقرر قانونا أنه: **لا ترد الحيازة على الأملاك الوطنية التابعة للدولة، طبقا لأحكام المادة 39 من**
القانون رقم 25/90 المتضمن التوجيه العقاري."
المحكمة العليا، غ.ع، 2013/05/09، ملف رقم 770511، م.م.ع، 2014، عدد2، ص 291 ؛
2000/11/22، ملف رقم 200495، إ.ق.غ.ع، عدد خاص، 2004، ج2، ص216 ؛
2001/07/26، ملف رقم 198170، المرجع نفسه، ص 223 ؛ تعليق أ. **بوتارن فايزة**، ص 227.
"من المقرر قانونا ان **لا يجوز تأجير الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية، مهما كانت الأشكال وشروط**
المعاملة ؛ لأن القانون يفرض على المستفيد أن يستغل شخصيا المستثمرة الفلاحية الممنوحة له، والمحافظة على
طابعها الفلاحي (م 21 و24 من القانون رقم 19/87، و4 من المرسوم التنفيذي رقم 51/90).
المحكمة العليا، غ.ع، 2002/04/24، ملف رقم 226275 ؛ 2002/03/20، ملف رقم 227424 ؛
1991/10/20، ملف رقم 81687.

[1] - د. **علي فيلالي**، نظرية الحق، ، م.و.ف.م، الجزائر، 2011، ص 343 وما بعدها.

[2] - انظر د. **بلحاج العربي**، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، المصادر الإرادية، دار هومه، الجزائر، ط2، 2016، ص 42 و43 ؛ وللمؤلف نفسه أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، الدار نفسها، ط2، 2015، ص 100 وما يليها.

من ق.م) ؛ وهي قد تكون **عقارات بطبيعتها** (Les immeubles par nature)، كالأراضي عموما، وما يلتصق بها من الأبنية والمقالع والمحاجر والأشجار والنباتات المستقرة في الأرض ؛ فيعتبر من الأملاك العقارية الأراضي والثروات العقارية غير المبنية والقابلة للتعمير.[1]

وتصنف الأملاك العقارية وفقا للمواد من 23 إلى 32 من القانون رقم 25/90 المتضمن التوجيه العقاري إلى : أملاك وطنية تملكها الدولة وجماعاتها المحلية، وأملاك خاصة يملكها الخواص، وأملاك وقفية حبسها مالكها بمحض إرادته على وجه التأبيد والتصدق.

وقد تكون **عقارات بالتخصيص** (Les immeubles par destination) وهي المنقولات التي يضعها مالكها في عقار له بشكل فعلي، لخدمة العقار أو استغلاله ؛[2] أي المنقول بطبيعته التابع للعقار، ومن ثم يعامل معاملة العقار لأنه ثابت فيه (م 2/683 من ق.م) ؛[3]

وقد تكون **عقارات غير مادية** (Les immeubles incorporels) كالحقوق العينية الواردة على عقار (كحق الإنتفاع، وحقوق الإرتفاق، وحق الشفعة، وحق الوقف، وحق الرهن العقاري، وحقوق الإمتياز العقارية، وغيرها...)، وكذلك الدعاوى العقارية التي تحمي هذه الحقوق

---

[1] - المادة 2 و3 من القانون رقم 25/90 المؤرخ في 1990/11/18 المتضمن التوجيه العقاري، المعدل والمتمم بالقانون رقم 03/91 المؤرخ في 1991/01/08، والأمر رقم 26/95 المؤرخ في 1995/09/25، والمكمل بالمرسوم التنفيذي رقم 96/119 المؤرخ في 1996/04/06.

فالعقارات بطبيعتها في القانون العقاري الجزائري هي الأراضي عموما، وما يلتصق بها من بناء أو غراس، بما فيها العقارات السكنية والقابلة للتعمير، وكذا العقارات الفلاحية والرعوية والحلفائية والغابية والصحراوية والوقفية والتجارية والصناعية والمحمية بالنصوص الخاصة.

[2]- Cass.Ass. Plén, 15/04/1988, D. 1988, 325, Concl. Cabanes, note Maury.

[3] - لابد أن يتوافر شرطان في المال المنقول، حتى يعتبر عقارا بالتخصيص:

1- **أن يكون مالك العقار هو نفسه مالك المنقول** (وحدة المالك)، غير أنه يمكن أن يقوم بالتخصيص النائب الشرعي (كالولي أو الوصي أو الوكيل القضائي...)، باعتبار التخصيص عملا من أعمال الإدارة وليس عملا من أعمال التصرف ؛

2- **وأن يخصص المنقول بشكل فعلي**، لخدمة العقار أو إستغلاله (التخصيص الفعلي)، سواء كان الإستغلال زراعيا أم صناعيا أم تجاريا.

Voir Weill (A), Terré (F), Simler (Ph), Droit civil, Les Biens, Dalloz,3^{e} éd, Paris, 1985, N° 21 et s ; Malaurie (Ph) et Aynès (L), Les Biens. op.cit, N° 140.

العينية العقارية.[1] وهو ما نصت عليه المادة 684 من ق.م بقولها : " **يعتبر مالا عقاريا كل حق عيني يقع على عقار، بما في ذلك حق الملكية، وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عيني آخر.**"

وأما المنقولات (Les meubles) : **فهي الشيء الذي يمكن نقله من محل إلى محل آخر دون تلف** (م 1/683 من ق.م)، كالمنقولات المادية من النقود والمجوهرات والعروض وأدوات البناء والحيوانات والمكيلات والموزونات على مختلف أنواعها ؛[2] والمنقولات تنقسم إلى قسمين : **المنقول بطبيعته** (Les meubles par nature) وهو كل شيء قابل للحركة، سواء كانت الحركة ذاتية أو بقوة دفع خارجية، **والمنقول بحسب المآل** (Les meubles par anticipation) هو كل منقول بطبيعته ينظر إليه من قبل المشرع أو من قبل المتعاقدين على أنه منقول في نهاية الأمر، المحصول الزراعي كثمار الأشجار، وأنقاض البناء وغيرها.[3]

ثالثا : نتائج التفرقة بين العقار والمنقول

من أهم نتائج التفرقة القانونية، بين العقار والمنقول في التشريع الجزائري، نذكر على الخصوص ما يلي :

1- لا تنتقل ملكية العقار، إلا بإستيفاء إجراءات التسجيل والشهر العقاري لدى المصالح المختصة (م 324 مكررا 1 و793 من ق.م، و2 من الأمر رقم 91/70، و16 من الأمر رقم 74/75) ؛ بينما تنتقل ملكية المنقول بالتسليم بمجرد العقد، إذا كان الشيء معينا بالذات، ومن تاريخ الإفراز إذا كان معينا بالنوع.

غير أنه لا تنتقل الملكية في المنقول الخاضع لإجراءات التسجيل، إلا من تاريخ تسجيله في السجلات الرسمية لدى المصالح المختصة (كالسيارات، والطائرات، والسفن، والبندقية...، نظرا لأهميتها وارتفاع قيمتها).

---

[1] Voir Martin (D), De la nature corporelle des valeurs mobilières, D. 1996, Chron.47 ; Grimaldi M et Dammann R, La fiducie sur ordonnance, D. 2009, p. 670.

[2] - راجع تفصيل إنتقال ملكيتها، ضمن أسباب كسب الملكية بالعقود الناقلة للملكية، من هذا الكتاب تحاشيا للتكرار.

[3] - وهي المسائل التي تدرس ضمن نظرية الحق، من أحكام الأشخاص والأموال ؛ للإستزادة في تفصيل ذلك راجع: د. علي فيلالي، نظرية الحق، ، م.و.ف.م، الجزائر، 2011.

2- لا ترد حقوق الرهن الرسمي، وحقوق الإرتفاق، وحقوق الجوار، وحق الشفعة، والوقف، عند جمهور الفقهاء إلا على العقار.

3- المحكمة المختصة مكانيا في المنازعات العقارية، هي التي يقع في دائرة إختصاصها العقار محل النزاع (م 1/40 من ق.إ.م.إ)، بينما ينعقد الإختصاص لمحكمة موطن المدعى عليه في دعاوى المنقول (م 37 من ق.إ.م.إ).

4- لا تسمع الدعاوى المتعلقة بعقار أو بحق عيني عقاري مشهر أمام القسم العقاري، إلا بعد شهر العريضة الإفتتاحية للدعوى، لدى المحافظة العقارية مسبقا (م 3/17 و519 و3/539 من القانون رقم 09/08 المتضمن ق.إ.م.إ، و85 من المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25)،[1] ولا نجد مثل هذا القيد الإجرائي في الدعاوى المتعلقة بالمنقول.

5- الضمانات القانونية التي تحيط الحجز على العقار، هي أكثر من تلك المقررة للحجز على المنقول ؛ وعند التنفيذ على أموال المدين يتعين البدئ أولا ببيع المنقولات، ثم العقارات بما يكفي فقط لسداد ما عليه من ديون، مراعاة لمصلحة المدين. ويتم الحجز القضائي على العقارات بالتأشير به في السجلات العقارية الخاصة بالشهر العقاري (م 721 وما بعدها من ف.إ.م.إ).

6- الحيازة بحسن نية وبسبب صحيح، هي سند الملكية في المنقول، لأن الحيازة المنقول سند الملكية كأصل عام (م 835 من ق.م) ؛ بينما الأمر يختلف عن ذلك في العقار، حيث يقع على الحائز عبء إثبات السبب الصحيح حتى تكون سببا لكسب ملكيته بالتقادم المكسب، إذا استمرت هذه الحيازة القانونية لمدة 15 سنة كأصل عام (م 827 من ق.م).

7- الغبن في بيع العقار، يخول للبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل، في حالة زيادة الغبن عن خمس ثمن المثل (م 358 و359 من ق.م)، على أن ترفع دعوى البائع المغبون خلال مدة 3 سنوات من يوم إنعقاد البيع ؛ في حين أن بيع المنقول والغبن فيه لا تخضع لهذه الأحكام.

[1] - ومن ثم، لا يستوجب القانون شهر عريضة الطعن بالإستئناف، لأن المادة 17 من ق.إ.م.إ، لا تتعلق إلا بشهر عريضة إفتتاح الدعوى. راجع المحكمة العليا، غ.ع، ق3، 2012/02/09، ملف رقم 699969، م.م.ع، 2013، العدد 1، ص 291.

رابعا : التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي

كلاهما من الحقوق المالية التي يكون محلها قابلا للتقويم بالنقود، ولهذا فإنها تقبل التعامل، صالحة للبيع، كما أنها تنتقل إلى الورثة الشرعيين ؛ ورغم ذلك فإنهما يفترقان على الخصوص فيما يتعلق بمحل الحق أساسا، وتوضيح ذلك كالآتي :

أ- الحق الشخصي (droit personnel) :

وهو ما يسمى ب"**الالتزام**" (obligation)، الذي يكون محله عملا يلتزم شخص معين بالقيام به ؛ وهو **علاقة من شخصين يلتزم بمقتضاها أحدهما وهو المدين بالقيام بنقل حق عيني أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل لمصلحة الآخر وهو الدائن،** وهو **رابطة الدائنية** ؛ فلا يستطيع صاحب الحق الشخصي أن يحصل عليه، إلا بتدخل شخص آخر، وهو **المدين المكلف بالأداء.**

ففي عقد المقاولة مثلا، لا يستطيع صاحب العمل أن يحصل على العمل محل العقد، إلا إذا قام به المقاول اختيارا أو قهرا بالوسائل النظامية. وبالتالي فالحقوق الشخصية سلطة مقررة لشخص (الدائن) قبل شخص آخر (المدين)، بمقتضاها يجبر الأول الثاني القيام بالعمل الذي إلتزم بأدائه.[1]

ب- أما الحق العيني (droit réel) :

الحق العيني هو الحق المالي الذي له قيمة مالية معينة يرد مباشرة على شيء من الأشياء المادية، وهي ما يسمى ب **الأموال** (Les Biens ou les richesses)، كحق الملكية، وحق الرهن... ؛ **فهوسلطة مباشرة لشخص على شيء مادي معين، بحيث يخول لصاحبه مكنه الاستئثار بكل منافع هذا الشيء، دون**

---

[1] - فالحق العيني هو حق يخول صاحبه سلطات قانونية مباشرة على شيء معين من الأشياء المادية أو المعنوية، فتنشأ بذلك علاقة قانونية مباشرة بين الشيء وصاحب الحق ؛ فهو سلطة مباشرة على شيء معين يعطيها القانون لشخص معين ؛ مما يخول له حق التمتع والإستغلال والتصرف في هذا الشيء، بشرط ألا يستعمله إستعمالا تحرمه القوانين والأنظمة (م 674 من ق.م).
أنظر المحكمة العليا، غ.م، 1994/02/07، ملف رقم 113840، م.ق، 1994، العدد2، ص 158 ؛
وراجع في تفصيل ذلك: **د. بلحاج العربي**، مصادر الإلتزام القانون المدني الجزائري، ج1، المصادر الإرادية، المرجع المذكور، ص 26 وما بعدها.

حاجة إلى وساطة شخصآخر، تحقيقا لمصلحة يقرها القانون ؛ تجعل إستفادته من هذا الشيء غير متوقفة على تدخل شخص آخر.

فانه لمالك الشيء وحده في حدود القوانين والأنظمة واللوائح حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه بكافة التصرفات القانونية ؛ فالصلة تكون مباشرة بين صاحب الحق ومحل هذا الحق (droits réels)، وهو يخضع لأحكام الحقوق العينية (م 674 من ق.م وما بعدها). ومن ثم، يعتبر مالا عقاريا كل حق عيني يقع على عقار، بما في ذلك حق الملكية والحقوق المتفرعة عنه، وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار (م 684 من ق.م وما بعدها).[1]

ففي حق الملكية (droit de propriété) مثلا، وهو من الحقوق العينية الأصلية، يمارس المالك على الشيء المملوك سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف بجميع التصرفات الجائزة قانونا، كأن يستعمله لنفسه أو يؤجره لغيره أو يقوم ببيعه أو هبته...، دون حاجة إلى وساطة أحد.[2]

وعلى هذا، يقوم الحق العيني من الناحية القانونية على عنصرين أساسيين هما : صاحب الحق وهو المالك من جهة، ومحل الحق وهو الشيء المادي الذي يرد عليه حقه بصفة مباشرة من جهة أخرى، على نحو يتيح لصاحب الحق مباشرة حقه دون وساطة (أو دون حاجة إلى مطالبة شخص آخر تمكينه من ذلك) ؛ وهو في ذلك يختلف عن الحق الشخصي.[3]

وانطلاقا مما سبق، تظهر خصائص الحق العيني بصفة واضحة، من خلال إبرازأهم أوجه الفروق القانونية بينه وبين الحق الشخصي، والتي نذكر منها على وجه الخصوص ما يلي :

---

[1] - المحكمة العليا، غ.ع، 2002/07/25، ملف رقم 215762، غير منشور.

[2] - د. محمد سوار، حق الملكية في ذاته، الكتاب الأول، دار الثقافة، عمان، الأردن، 1993، ص 37 وما بعدها.

Cf. Weill (A), Terré (F), Simler (Ph), Droit civil, Les Biens, op.cit, N° 12 , 37 et 62 et s.

[3] - أنظر د. حسن كيرة، الحقوق العينية الأصلية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1993، ص 13 وما بعدها ؛ د. محمد قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006، ص 6 وما يليها ؛ د. نبيل سعد، الحقوق العينية الأصلية، بيروت، 2003، ص 13 وما بعدها.

1- **الحق العيني هو سلطة مباشرة لشخص ترد على شيء مادي أو معنوي معين بالذات دون وساطة ؛ أما الحق الشخصي فهو رابطة بين شخصين**، يحق بمقتضاها للطرف الأول (وهو الدائن) أن يطالب الطرف الثاني (وهو المدين) بأداء معين، يتمثل في إعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل معين.

2- **الحق العيني محله هو الشيء المحدد بذاته**، أي مضمون الحق أو موضوعه وهو الشيء المعين (كحق الملكية مثلا، الذي يقرر للمالك سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف، التي تمثل مضمون حق المالك، ويستطيع ممارستها مباشرة دون تدخل من الغير) ؛ **أما الحق الشخصي محله هو أداء المدين**، إذ يقتضي من هذا الأخير القيام بعمل معين إيجابي أو سلبي حتى يستوفي الدائن حقه.

وعلى هذا، **فإن الحق العيني في القانون المدني الجزائري لا يوجد إلا بوجود الشيء الذي يرد عليه، باعتباره سلطة ترد مباشرة على الشيء**، بأن يكون الشيء محل الحق العيني حالا ؛ فالعقود التي ترد على أشياء مستقبلة كبيع المحصول قبل ظهوره، هي عقود صحيحة لكنها لا تنشئ إلا حقوقا شخصية محلها عمل المدين فحسب، **لأن الحق العيني لا يوجد قانونا إلا بوجود الشيء المحدد.**

3- **إن سلطتي التتبع** (Droit de suite) **والتقدم**، أو الأولوية والأفضلية (Droit de préférence)، **هما جوهر الحق العيني ذاته**، باختلاف مضمونه عن الحق الشخصي، وهما ليستا في الحقيقة سوى مظهر للاحتجاج بالحق العيني على الغير، عندما يتعرض صاحب الحق العيني لمزاحمة الدائنين العاديين (م 894 و951 و946 و982 وما يليها من ق.م)[1]؛ **أما حجية الحق الشخصي فهي نسبية، أي لا تعمل إلا في مواجهة المدين وخلفائه** (م 160 وما بعدها من ق.م).

---

[1]- أنظر د. **شفيق شحاتة**، النظرية العامة للحق، 1959، فقرة 15 ؛ د. **علي العبيدي**، الحقوق العينية، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2008، ص 22.

ففي الحق الشخصي عند عدم وجود حق أفضلية مكتسب طبقا للقانون، فإن جميع الدائنين العاديين متساوون على قدم المساواة في استفاء حقوقهم بالتنفيذ الجبري على أموال المدين كمجموعة واحدة ؛ وفي حالة عدم كفاية الأموال المحجوزة، فإنهم يقتسمون أموال المدين قسمة غرماء (م 188 من ق.م، و642 و726 و727 من ف.إ.إ.م الجديد).[1]

4- **إن الحقوق العينية تدخل ضمن الحقوق التي توصف بأنها مطلقة (Droit absolu)، إذ يحتج بها على الكافة، وتنتج آثارها في مواجهة الجميع** (Opposabilité)، أي فرض احترام حقه بالامتناع عن التعرض له بمجرد التسجيل في السجل العيني وشهرها في الشهر العقاري (Publicité Foncière) ؛[2] **أما الحق الشخصي فهو "حق نسبي مؤقت"** (Droit relatif) أي بين أطرافه فقط، **فهو يقوم** على واجب خاص يقع على عاتق المدين بضرورة الوفاء بالالتزام الملقى على عاتقه، بمعنى أن الحق الشخصي **لا ينتج أثره ولا يحتج به إلا في مواجهة شخص أو** أشخاص معينين، **كما أنه ينقضي بالوفاء أو بما يعادل الوفاء.**[3]

5- **إن الحيازة** (La possession) **أو التقادم المكسب** (Prescription acquisitive)، **لا تكون إلا بالنسبة للحق العيني، فهو يقبل الحيازة** باعتبارها سلطة مادية فعلية ؛[4] أما الحق الشخصي فلا يقبل الحيازة قانونا، لذلك يقال أن"**التقادم المكسب لا يرد على الحقوق الشخصية**".[5]

---

[1]- راجع د. **بلحاج العربي**، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع المذكور، ط2، 2015، ص 30 وما بعدها.

[2] الأصل في الحق العيني أنه دائم، ما بقي موضوعه أي محله، وهو ينتج واجبا عاما يلزم الكافة بالامتناع عن التعرض له بقوة القانون.

Cf. Levis M, L'opposabilité du droit réel, Thèse, Paris2, Economica, Paris, 1989.

[3] ومن ثم، لا يمكن لهذا القيد، أن يرد على الحق الشخصي إلى الأبد، لأنه يتعين على المدين وجوب الوفاء بالالتزام الموجود في ذمته.

راجع د. **بلحاج العربي**، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، العقد والإرادة المنفردة، ج2، المرجع المذكور، ط2، 2016، ص 676 وما بعدها.

[4]- أنظر د. **محمد سوار**، حق الملكية في ذاته، دار الثقافة، عمان، الأردن، 1993، ص12 ؛ د. **محمد النجي**، الحيازة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط2، 1985، ص 17 وما بعدها ؛ أ. **علي حسن**، التقادم في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1985، ص 37 وما بعدها..

[5] إن الحيازة والتقادم والوقف والشفعة مثلا، لا ترد إلا على الحقوق العينية ؛ أما الحق الشخصي فإنه لا يكسب بالتقادم، ولكن يزول به كما رأينا في مادة نظرية الإلتزامات.

6- **في الحق العيني تكفي إرادة صاحبه المنفردة وحده في النزول عنه** (Désistement)، **دون توقف على إرادة أحد ؛ أما في الحق الشخصي** فلا صاحبه أن يتنازل عن حقه إلا برضا المدين عن طريق ما يسمى بـ "**الإبراء**" (Remise de dette)، لأنه علاقة شخصية مباشرة فيما بينهما، فلا تزول هذه العلاقة إلا باتفاقهما طبقا للمادة 305 من ق.م ؛[1] ذلك أنه لا يمكن فرض الإبراء على المدين بالرغم منه، إذ يجوز له رد الإبراء.[2]

7- الحقوق العينية (droits réels) **نظمها القانون على سبيل الحصر، لإتصالها بالنظام العام** وبالكيان المالي والإقتصادي والإجتماعي ؛ ولذلك لا يمكن للأفراد إنشاء حق عيني أصلي أو تبعي، لم يرد ذكره في القانون ؛[3] أما الحقوق الشخصية فلم يعددها المشرع، بل اكتفى ببيان مصادرها وتنظيم أحكامها على وجه العموم. ومن ثم، فإن **الحقوق الشخصية لا تقع تحت حصر**، فأي عمل أو امتناع عن عمل معين يمكن أن يكون محلا للحق الشخصي، طالما كان ممكنا ومعينا أو قابلا للتعيين، وتم ذلك في حدود النظام العام والآداب.

خامسا : إختصاصات القضاء العقاري

في نطاق قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، فإن الحق العيني تحميه الدعوى العينية، وهي الدعوى المتعلقة بالمنازعات المرتبطة بالعقار، والحقوق العينية العقارية والحقوق المتعلقة بها (Droit Foncier)، مما يدخل في صلاحيات القسم العقاري (م 511 إلى 517 من من القانون 09/08 المتضمن ق.إ.م.إ) ؛[4] كالتنازع في حق الملكية، أو الحقوق المتفرعة عنه :

أنظر د. بلحاج العربي، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع المذكور، ط2، 2015، ص 30 وما بعدها.

[1]- د. بلحاج العربي، نفس المرجع، ط2، 2015، ص 17 وما بعدها.

[2]- نقض مدني مصري، 1971/01/21، م.م.ف، س22، رقم 18، ص10.

[3]- د. عبد المنعم الصدة، الحقوق العينية الأصلية، ص 9 و10 ؛ د. نبيل سعد، الحقوق العينية الأصلية، ص 9 و10 ؛ د. محمد منصور، الحقوق العينية الأصلية، ص8 ؛ د. علي العبيدي، الحقوق العينية، ص22 و23.
Cf. Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil, T.3, 2e éd, par Picard, 1953, N° 48 ; Larroumet.Les biens, P. 51 et s ;Weill (A), Terré (F), Simler (Ph), Droit civil, Les Biens, N° 41.

[4] - وأما الحق الشخصي، فتحميه دعوى شخصية، كما رأينا في باب مصادر الإلتزامات وأحكامها ؛ والمحكمة المختصة إقليميا للفصل في النزاع المتعلق به، هي الجهة القضائية التي يقع في دائرة

كحق الإنتفاع أو حقوق الإرتفاق أو الإستعمال أو الإستغلال أو السكنى، أو الوقف ؛ وكذا المنازعات المتعلقة بنقل الملكية، وعقد الشهرة ؛ وجميع منازعات العقار بأنواعه، والضمانات العينية أو ما يسمى ب التأمينات، كالرهن الرسمي أو الحيازي وحقوق الإمتياز وحق الإختصاص.[1]

كما أن منازعات الفصل في معالم الحدود، والمطلات والمناور، ومضار الجوار في الأملاك العقارية الخاصة المتلاصقة ؛ وقضايا الملكية على الشيوع بمختلف صورها العامة والخاصة، والقسمة العينية، والملكية المشتركة للعقارات المبنية في ملكية الطبقات والشقق، والملكية الشائعة، وإزالة الشيوع العقاري، والمحافظة على الملكية العقارية من التجزئة والتفتيت ؛ وكذا منازعات إثبات الملكية العقارية، والشفعة، والإلتصاق، ودعاوى الحيازة والتقادم المكسب، وقضايا الهبات والوصايا والأوقاف المتعلقة بالعقار.

كما يختص القضاء العقاري بالفصل في قضايا الإيجارات السكنية والمهنية والفلاحية، ولو كانت تابعة للأملاك الوطنية،[2] وكذا منازعات

اختصاصها موطن المدعى عليه وقت الوفاء، وخاصة فيما يتعلق بالإلتزامات المالية (م 282 و323 من ق.م، و37 من ق.إ.م.إ).

فإنه كأصل عام تقام الدعوى الشخصية في المحكمة التي يقع في نطاق اختصاصها محل إقامة المدعى عليه (المادة 37 من القانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن **قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد**).

[1] - يهتم القانون العقاري (Le Droit Foncier) بجميع المنازعات المتعلقة بالعقارات بأنواعها، وبالحقوق العينية الواردة على العقار، والدعاوى العقارية، ومنازعات النشاط العقاري من البناء والسكن والتهيئة والتعمير ؛ وكذا بالحقوق الشخصية الواردة على العقار، كعقد الإيجار العقاري مثلا. راجع المواد من 511 إلى 530 من القانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن **قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد.**

[2] - والقانون العقاري الجزائري منظم على وجه الخصوص بالنصوص التشريعية والتنظيمية التالية: القانون رقم 84/11 المؤرخ في 2011/02/17 المتضمن **القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية** ؛ والقانون رقم 25/90 المؤرخ في 1990/11/18 المتضمن **التوجيه العقاري**، المعدل والمتمم بالقانون رقم 03/91 المؤرخ في 1991/01/08، والأمر رقم 95/26 المؤرخ في 1995/09/25، والمكمل بالمرسوم التنفيذي رقم 96/119 المؤرخ في 1996/04/06 ؛ والقانون رقم 29/90 المؤرخ في 1990/12/01 المتعلق **بالتهيئة والتعمير**، المعدل بالقانون رقم 05/04 المؤرخ في 2004/08/14 ؛ والقانون رقم 02/07 المؤرخ في 2007/02/27، المتضمن **تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية، وتسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري** ؛ والقانون رقم 90/30 المؤرخ في 1990/12/01 المتضمن **قانون الأملاك الوطنية**، المعدل والمتمم بالقانون رقم 08/14 المؤرخ في 2008/07/20 ؛ والقانون رقم 19/87 المؤرخ في 1987/12/08 المتضمن **كيفية إستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك**

المستثمرات الفلاحية الخاصة أو العامة التابعة للدولة، وإستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية الخاصة للدولة ؛[1] فهي كلها بعض مما يختص **بها القضاء العقاري التابع للمحكمة التي يقع في دائرتها العقار محل النزاع**، دون الإلتفات إلى أحكام القانون المدني (م 518 من ق.إ.م.إ) ؛[2] فيما عدا الدعاوى العينية المتعلقة بعقار واقع خارج الوطن (م 684 من ق.م و40 من ق.إ.م.إ).[3]

وهذا، دون إغفال المنازعات العقارية الخاصة التي ترمي إلى إبطال، فسخ، تعديل، أو نقض الحقوق العينية العقارية المترتبة على عقود عقارية توثيقية، ومنازعات الشهر العقاري (Publicité Foncière) ؛ بما فيها المنازعات العينية القائمة بين الأشخاص الخاضعين للقانون الخاص، والمتعلقة بالفصل

الوطنية ؛ والقانون رقم 10/03 المؤرخ في 2010/08/15 المتضمن **كيفيات إستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة** ؛ والقانون رقم 10/91 المؤرخ في 1991/04/27 **المتعلق بالأوقاف**، المعدل في 2001 و2002 ؛ والأمر رقم 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن **مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري**، المعدل عام 1980 و2015 ؛ والأمر رقم 67/75 المؤرخ في 1975/09/26 **المتعلق برخصة البناء** ؛ والمرسوم رقم 76/105 المؤرخ في 1976/12/09 **المتضمن قانون التسجيل** المعدل عام 2015 ؛ والمرسوم رقم 62/76 المؤرخ في 1976/03/25 **المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام** ؛ والمرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 **المتعلق بتأسيس السجل العقاري**، المعدل عام 1980 و1993 ؛ **وقانون نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية**، الصادر بالقانون رقم 11/91 المؤرخ في 1991/04/27 ؛ المرسوم التنفيذي رقم 1986/93 المؤرخ في 1993/07/27 الذي يحدد **القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية** ؛ والقانون رقم 18/83 المؤرخ في 1983/08/13، **المتعلق بحيازة الملكية العقارية الفلاحية** ؛ القانون رقم 05/04 المؤرخ في 2004/08/14، المحدد **لكيفيات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم**، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 176/91 المؤرخ في 1991/05/28. وراجع أهم النصوص التشريعية والتنظيمية الأخرى المنظمة للقانون العقاري الجزائري ضمن قائمة مراجع هذا الكتاب.

[1] - القانون رقم 19/87 المؤرخ في 1987/12/08 المتضمن **ضبط واستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية** ؛ والقانون رقم 30/90 المتضمن **قانون الأملاك الوطنية** ؛ والمرسوم التنفيذي رقم 454/91 المؤرخ في 1991/11/23 المتضمن **شروط إدارة الأملاك الخاصة والعامة التابعة للدولة** ؛ وكذا المرسوم التنفيذي رقم 51/90 المؤرخ في 1990/02/06 المتضمن كيفية تنفيذ المادة 28 من القانون رقم 19/87.

[2] - غير أن الفصل في منازعات حق الإنتفاع ذاته، ومشاكل عقد الإيجار المدني أو التجاري، تبقى من إختصاص القضاء المدني. انظر **المحكمة العليا**، غ.ع، 2002/04/24، ملف رقم 228051، إق.غ.ع، عدد خاص، ج1، 2004، ص 204 ؛ 2002/03/20، ملف رقم 227424، المرجع نفسه، ص 215 ؛ راجع **حمدي باشا عمر**، مبادئ القضاء العقاري، دار هومه، الجزائر، 2003.

كما أنه يؤول الإختصاص في دعاوى قسمة التركة إلى المحكمة التي يقع فيها موطن المتوفي، حتى إن وجدت بعض أملاك التركة خارج دائرة الإختصاص الإقليمي لهذه المحكمة (م 498 من ق.إ.م.إ).

[3] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2013/01/10، ملف رقم 753048، م.م.ع، 2014، العدد 1، ص 343.

في الترقيم المؤقت في السجل العقاري تخضع هي الأخرى لإختصاص القضاء العقاري (م 515 و516 و519 و800 من ق.إ.م.إ).[1]

غير أن القضاء الإداري هو وحده المختص، بالفصل في المنازعات التي تكون الإدارة طرفا فيها، باعتباره القضاء المختص نوعيا بمراقبة أعمال الإدارة والمال العام:[2] كالفصل مثلا في الطلب القضائي الرامي إلى إبطال عقد توثيقي مشهر،[3] والمنازعات المتعلقة بالمستثمرات الفلاحية باعتبار الدولة مالكة للرقبة،[4] والنظر في مشروعية قرار نزع الملكية العقارية الخاصة للمنفعة العمومية؛[5] والدعاوى المرفوعة ضد المحافظ العقاري، والغرفة الإدارية المحلية، أو ضد رئيس البلدية أو الوالي.

كما يختص القضاء الإداري بالفصل في دعاوى الطعن في شهادة الحيازة، ودعاوى إبطال قرار تحديد الملك العام الملاصق للملك الخاص، للفصل في ضع حدود الأملاك العامة، وللمالك المضرور طلب ذلك أمام القضاء الإداري (مجلس الدولة)، وأما طلب التعويض فيمكن رفعه أمام المحاكم العادية.

---

[1] - **محكمة التنازع**، 2011/05/16، ملف رقم 108، م.م.ع، 2011، العدد2، ص 382.

[2] - المادة 7 من ق.إ.م.إ ؛ والقانون رقم 02/98 المؤرخ في 1998/05/30 المتعلق بالمحاكم الإدارية ؛ أنظر **الجريدة الرسمية**، العدد37 لسنة 1998.
أنظر د. **عمار عوابدي**، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، د.م.ج، ج2، ط2، 2003، ص 242 وما بعده ؛ **قاسم عبد القادر**، دور القاضي الإداري في حماية الحقوق والحريات الأساسية، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، الجزائر، العدد1، المجلد10، 2000، ص 38 وما يليها.

[3] - **محكمة التنازع**، 2011/01/31، ملف رقم 95، م.م.ع، 2011، العدد1، ص 372 ؛ 2008/12/21، ملف رقم 73، المجلة نفسها، 2009، عدد خاص، ص 263.

[4] - يتولى القضاء الإداري بموجب دعوى يرفعها الوالي، الحكم بسقوط الحقوق العقارية في مستثمرة فلاحية. المادة 28 من القانون رقم 19/87 المتعلق بالمستثمرات الفلاحية، و8 من المرسوم التنفيذي رقم 51/90 ؛ **المحكمة العليا**، غ.ع، 2006/05/17، ملف رقم 348216 ؛ 2004/03/24، ملف رقم 260154 ؛ غير منشورين.

[5] - **مجلس الدولة**، 2007/04/11، ملف رقم 031027، م.م.د، 2009، العدد2، ص 82 ؛ 2008/11/12، ملف رقم 475823، المجلة نفسها، 2009، العدد1، ص 209 ؛ **المحكمة العليا**، غ.إد، 1995/04/30، ملف رقم 116673 ؛ 1993/01/17، ملف رقم 32119 ؛ 1992/05/24، ملف رقم 91487؛ 1987/02/18، ملف رقم 80812.
راجع **ليلى زروقي**، دور القاضي الإداري في مراقبة مدى إحترام الإدارة للإجراءات المتعلقة بنزع الملكية الخاصة للمنفعة العمومية، مجلة مجلس الدولة، 2003، العدد3، ص 13 وما بعدها ؛ **لبابيش سهيلة**، رقابة القاضي الإداري على إجراءات نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2008، ص 49 و63 وما يليها.

ويجوز لرئيس القسم العقاري، حتى في حالة وجود منازعة جدية، أن يتخذ عن طريق الإستعجال التدابير الوقتية التحفظية اللازمة؛ بأوامر قابلة للإستئناف، وفقا للقواعد المحددة في مادة الإستعجال؛ كما يمكنه أن يتخذ أي تدبير إستعجالي بموجب أمر على عريضة، في حالة لا تتطلب المناقشة أو الوجاهية، أو في الحالات المنصوص عليها قانونا (م 521 و522 و523 من ق.إ.م.إ).[1]

سادسا : أنواع الحقوق العينية

تنقسم الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري إلى نوعين مهمين أساسيين هما : **حقوق عينية أصلية، وحقوق عينية تبعية.**

أ- الحقوق العينية الأصلية (droits réels principaux) :

وهي الحقوق التي تخول صاحبها سلطة مباشرة على الشيء، تمكنه من استعماله واستغلاله والتصرف فيه؛ وقد يكون لصاحب الحق كل هذه السلطات أو بعضها، بحسب اختلاف مضمون هذا الحق.

وهي تسمى ب **"الأصلية" لأن لها وجودا مستقلا**، أي أنها تقوم بذاتها مستقلة، فلا تستند في وجودها إلى حق آخر تتبعه؛ **فهي تقصد لذاتها ولا تقوم ضمانا لحق آخر، وتنصب مباشرة على الشيء موضوع الحق**؛ بما تمنحه لأصحابها من سلطات الحصول على المزايا والمنافع المالية للأشياء المادية.[2]

وأهم هذه الحقوق العينية الأصلية هو حق الملكية الذي يخول لصاحبه سلطات استعماله واستغلاله والتصرف فيه **(Droit de propriété)**؛ وهو ما نظمه القانون المدني الجزائري في المواد من 674 إلى 843.[3] وقد يضيق الحق العيني الأصلي فلا يشمل منها سوى بعض هذه السلطات، وهي

---

[1] - أ. بيوت نذير، معاينة حق الملكية وتسليم مستندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري، وفقا للقانون رقم 02/07 المؤرخ في 2007/02/27، إق.غ.ع، م.م.ع، عدد خاص، ج3، 2010، ص 19.

[2] فهي تخول لصاحبها سلطة مباشرة على شيء مادي معين، أي سلطة الاستئثار بالقيمة الاقتصادية للشيء محل الحق، دون حاجة إلى مطالبة شخص آخر بتمكينه من استعمال حقه؛ فلا يوجد ثمة وسيط بين صاحب الحق والشيء محل الحق.

[3] - المواد من 674 إلى 843 من ق.م.

الحقوق المشتقة من حق الملكية أو المتفرعة عنه ؛ وهو ما يسميه المشرع الجزائري ب "تجزئة حق الملكية" (Démembrements du droit de propriété)[1].

فالحقوق المتفرعة عن حق الملكية هي حقوق عينية مؤقتة، لأن الأصل أن **المالك يجمع السلطات الثلاث** (م 674 من ق.م)، ولأنها تفترض أن الملكية لشخص آخر. فإن حق الإنتفاع مثلا (Droit de L'usufruit)، يسقط حتما بإنتهاء الأجل المحدد له، أو بموت المنتفع حتى قبل إنقضاء الأجل المعين (م 852 من ق.م) ؛ ومن ثم تعود الملكية كاملة إلى المالك بعد أن تنتهي مدة بقائها.

ويتفرع عن حق الملكية : **حق الانتفاع، وحق الإستعمال، وحق السكن، وحق المساطحة** (وهو حق القرار)، **وحق الحكر، والوقف، وحقوق الارتفاق** (كحق المرور وحق الشرب وحق المجرى وحق المسيل...) ؛[2] وقد إكتفى المشرع الجزائري بالإشارة إلى حق الانتفاع، وحق الاستعمال، وحق السكنى، وحق الإرتفاق (المواد من 844 إلى 881 من ق.م)، والوقف (المواد من 213 إلى 220 من ق.أ ؛ والقانون رقم 10/91 المؤرخ في 1991/04/27 المتعلق بالأوقاف).

ب- الحقوق العينية التبعية (droits réels accessoires) :

وهي التي لا تقوم بذاتها مستقلة، وإنما تستند في وجودها إلى حق شخصي لضمان الوفاء به ؛ ومن ثم تكون تابعة لهذا الحق، تضمن الوفاء به وتنفيذ الإلتزام الأصلي. وبالتالي لا تخول صاحبها سلطة استعمال الشيء أو استغلاله أو التصرف فيه. ويكون محل هذه الحقوق العينية التبعية عقارا أو منقولا، كما أنه قد يكون مصدره الاتفاق : كالرهن الرسمي والرهن الحيازي ؛ أو القانون كحقوق الإمتياز، أو الحكم القضائي كحق الإختصاص.[3]

---

1 - المواد من 844 إلى 881 من ق.م.

2 - وقد أشار فقهاء الإسلام في كتاباتهم إلى بعض هذه الفروع وأحكامها قبل القوانين الوضعية.

3 - المواد من 882 إلى 1003 من ق.م.

وتسمى هذه الحقوق ب "**ضمانات الدين**" (Garanties du crédit) أوب "**التأمينات العينية**" (sûretés réelles)، وهي تخصيص مال معين حتى يكون للدائن استيفاء حقه من ثمنه بالأفضلية مقدما على سائر الدائنين العاديين ؛ **وهي تدور مع الحق الشخصي المضمون وجودا وعدما، ولذلك فهي تبعية أي تتبعه** ؛[1] ومن ثم، ينقضي الدين المضمون، عند استيفاء الدائن المرتهن حقه، فهو الطريق التبعي لانقضاء الرهن الرسمي أو الحيازي.[2]

فلا ينفصل الرهن عن الدين المضمون، بل يكون تابعا له في صحته وفي انقضائه، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك (المواد 260 و892 و933 و934 و936 من ق.م). وهذا تطبيقا للمبدأ القانوني الذي يقضي ب : "**تبعية الرهن للدين المضمون بالرهن**" (Caractère accessoire) ؛ فالرهن ينقضي بانقضاء الدين بطريقة تبعية، أيا كانت طريقة إنقضاء الدين.[3]

والحقوق العينية التبعية في القانون المدني الجزائري تخول لصاحبها استيفاء حقه بالأولوية أي بالأفضلية، من ثمن الشيء الذي ترتب عليه الحق العيني التبعي، متقدما في ذلك وقت التنفيذ على غيره الدائنين العاديين، والدائنين التالين له في المرتبة، فتؤمنه من خطر مزاحمة بقية الدائنين له ؛ كما أنها تخوله حق تتبع الشيء إذا ما انتقل من ملكية المدين إلى ملكية

---

[1] - د. محمد السعدي، التأمينات العينية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010، ص 86 وما يليها ؛ د. سي يوسف زاهية، عقد الرهن الرسمي، دار الأمل، تيزي وزو، 2006، ص 5 و6 وما بعدها ؛ د. شوقي بناسي، أحكام عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري، دار هومه، 2009، ص 7 وما بعدها.
Cf.Mazeaud (H.L et J). Leçons de droit civil, T3. sûretés réelles, publicité foncière
Montchrestien, Paris, 9é éd, 1997 par F.Chabas , p 255 et s ; Weill (A), Droit civil,
Les Sûretés, La publicité foncière, Dalloz, Paris, 1979,N° 2 et s ;Legeais (D), sûretés
et Garanties du crédit, LGDJ, Pairs, 1996, p 266 et 267.

[2] - المحكمة العليا، غ.م، 1991/02/18، ملف رقم 64984، م.ق، 1993، العدد 1، ص23.

[3] - نقض مدني مصري، 1984/12/25، رقم 615، لسنة 49 ق ؛ 1980/03/20، م.م.ف، س 31، ص 781 ؛ 1979/05/10، رقم 18، س 44 ق، ص 312 ؛ نقض تجاري فرنسي، 1949/06/10، JCP، 1949، 2، 5106، ؛ نقض مدني فرنسي 1936/06/12، Gaz.Pal، 1936،2، 422، 1910/04/25، دالوز الدوري، 1912، 1، 364.
Voir G. Goubeaux, La règle de l'accessoire en droit privé, Thèse, Paris, 1969, p 20 et s.

غيره.[1] وهي تشمل في القانون المدني الجزائري : **الرهن الرسمي، والرهن الحيازي، وحقوق الامتياز، وحق الاختصاص.**[2]

ونلاحظ بأن أحكام التأمينات العينية التقليدية الواردة في القانون المدني الجزائري (م 674 إلى 1003 من ق.م)، بعد أربعة عقود من صدوره عام 1975، قد أصبحت تحتاج في الحقيقة إلى إصلاح وتطوير، وإعادة النظر بعمق وشمولية، لتحديثها بعقلانية وانسجام، حتى تساير متطلبات المجتمع الجزائري المعاصر ؛ ومن تم، ضرورة ربطها بالتحولات الجذرية التشريعية والإقتصادية والإجتماعية الحاصلة في الجزائر.

فإنه إذا كانت التأمينات الشخصية والعينية التي آوردها القانون المدني الجزائري تخول للدائن الضمان والأفضلية في إستيفاء حقه، أمام عدم كفاية الوسائل القانونية لحماية الضمان العام من التصرفات الضارة التي قد يجريها المدين إضرارا بالدائنين ؛[3] كان من الأفضل إدراج التأمينات الجديدة المعاصرة التي توفر الحماية الحقيقية للدائن في الحصول على حقه كاملا، كالضمانات البنكية مثلا، وعقود الإئتمان، وشرط الإحتفاظ بالملكية، وغيرها... ؛ وهي بطبيعة الحال تضاف إلى وسائل حماية الحق التقليدية، والتي منها الحق في الحبس كضمان خاص (م 200 من ق.م)، والدفع بعدم التنفيذ (م 123 من ق.م)، والدعوى المباشرة (م 505 و565 و580 من ق.م)، والمقاصة كأداة للوفاء المزدوج والضمان (م 297 من ق.م).[4]

---

[1] - راجع د. **سي يوسف زاهية**، عقد الرهن الرسمي، المرجع المذكور، ص 174 وما يليها ؛ د. **شوقي بناسي**، أحكام عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري، المشار إليه سابقا، ص 29 وما بعدها ؛ وراجع **كريمة باشا**، عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة البليدة، 2001 ؛ **زليخة لحميم**، إنشاء الرهن الرسمي وإنقضاؤه في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1996 ؛ د. **عقيل الدهان**، تبعية التأمينات للإلتزام الأصلي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2012، ص 25 وما بعدها.
Voir Marty et Raynaud, Les biens, N° 10 ;Weill (A), Terré (F), Simler (Ph), Droit civil, Les Biens, op. cit,N° 41.

[2] - واعتماد على ما استقر عليه أغلبية الفقهاء من أن الشفعة هي سبب لكسب الملكية والحقوق العينية بحكم القانون ؛ راجع لاحقا الحقوق العينية التبعية.

[3] - فإن دعاوى الضمان العام في القانون المدني الجزائري، كالدعوى غير المباشرة، والدعوى البوليصية، ودعوى الصورية، لا تكفل لوحدها الحماية القانونية الفعالة للدائن لإستيفاء حقه كاملا غير منقوص ولوحده ؛ لكونها في الواقع العملي كثيرة الشروط ومعقدة ومكلفة، وصعبة الإثبات والإجراءات أمام القضاء، فتضيع حقوقه سدى أمام العقبات الإجرائية والتنفيذية والمالية.

[4] - انظر د. **بلحاج العربي**، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع المذكور، ط2، 2015، ص 38 و39 و2748 و591 وما بعدها.

إن القانون المدني الجزائري هو قانون متعدد المصادر، ولكن رغم التعديلات المتكررة المحدودة التي مسته هنا وهناك، بما فيها التعديلات الجزئية لعام 2005م ؛ ما يزال متأثرا في الحقيقة بترتيبات النظام القانوني اللاتيني التقليدي، وخاصة بالقانون المدني الفرنسي في الكثير من مواده.

وكان يستحسن عند إعادة النظر في شكله ومضمونه، إصلاحه وتطويره وتجديده بصفة عامة وفقا لمتطلبات المجتمع الجزائري المعاصر، والقوانين المدنية الحديثة، بكل أصالة وعمق وشمولية، وضرورة تحقيق الإنسجام مع التشريعات الخاصة المتزايدة، وكذا مع الإجتهادات القضائية المشهورة للمحكمة العليا الحديثة في ضوء تطبيق القانون المدني.[1]

سابعا : التعداد الحصري للحقوق العينية

نظراً لاتصال الحقوق العينية بالنظام العام، أي بالكيان السياسي والاقتصادي والمالي والاجتماعي، فإنها قد وردت في **القانون على سبيل الحصر لا على سبيل المثال** ؛ ومن ثم لا يمكن للأفراد أن ينشئوا حقوقا عينية غير التي وردت في القانون (Caractère limitatif)، أي أن يقتطعوا من ملكية الشيء أنواعا من الإنتفاع أو الإستعمال يجعلونها حقوقا قائمة بذاتها ونافذة في حق الكافة. فأي حق لا يمكن رده إلى الحقوق العينية التي نظمها القانون، يخرج من نطاقها قانونا، ويعتبر حقا شخصيا.[2]

وهو الرأي الراجح لدى القضاء الفرنسي،[3] وهو ما سار عليه أغلب فقهاء الحقوق العينية الذي يرتكز أساسا، **على الخشية من إعطاء**

---

[1] - راجع د. بلحاج العربي، ملاحظات نقدية بشأن نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، بحث مقدم لندوة معالم المسؤولية العقدية في القانون المدني الجزائري، كلية الحقوق، جامعة وهران، ماي 1993 ؛ توصيات وأبحاث الملتقى الدولي الخامس: " القانون المدني الجزائري بعد أربعين سنة، " المنعقد بكلية الحقوق، جامعة الجزائر1، ، يومي 24 و25 أكتوبر 2016.

[2] - ولذلك يجب ألا يكون لسلطان الإرادة دور في إنشاء حقوق عينية جديدة، وهو عكس ما ذكرناه بالنسبة للحق الشخصي ؛ فإن نسبية أثر الحق الشخصي تسمح للأفراد بإنشاء حقوق شخصية، طبقا لما يراه هؤلاء الأفراد في حدود النظام العام.

Les droits réels sont déterminés de manière limitative par la loi qui distingue droits réels principaux et droits réels accessoires .
Cf. Marty et Raynaud, Les biens, N° 8 et 10 ; Weill (A), Terré (F), Simler (Ph), Droit civil, Les Biens, N° 41.

[3] - نقض مدني فرنسي، 2002/11/06، 3، دالوز، 2003، 1331، ملاحظات الأستاذ Giverdan ؛ 1985/11/19، دالوز 1986، 497، تعليق الأستاذ F. Zenati ؛ Bull Civ، 1976/06/22، 3، رقم 280 ؛ 1974/07/17، المرجع نفسه، 3، رقم 313.

سلطان الإرادة دورا في إنشاء حقوق عينية جديدة، وفقا لما تقتضيه مصالحهم، لم يرد ذكرها في القانون، ليس هناك ما يبرره من الناحية العملية (Le problème de rigidité ou de souplesse des droits réels se pose en termes de qualification ou de conséquences pratiques).[1]

إن الحقوق العينية ترتبط بالمال والأموال، وبالملكية وبالأملاك العمومية والخاصة، وهي متعلقة بالأعيان والثروات الوطنية الإقتصادية والتجارية، أي بالمصلحة العامة للمجتمع برمته. فإن الحق العيني يخول لصاحبه سلطات مباشرة خطيرة على الشيء، وله صفة مطلقة يحتج به على الكافة بقوة القانون ؛ كما أن الحق العيني التبعي يخول لصاحبه حقا في الأفضلية مما يعد خروجا على قاعدة المساواة بين الدائنين. ولذلك **لا يمكن للأفراد إنشاء حق عيني أصلي أو تبعي لم يرد ذكره في القانون، كما أنه لا يجوز ترتيبه إلا في الحدود التي سطرها القانون** ؛ ولا أن يتفقوا على تغيير التنظيم الذي وضعه القانون للحقوق العينية.[2]

فالحق العيني كما أسلفنا، هو حق مطلق يمكن الإحتجاج به في مواجهة الكافة دون وساطة أحد وفقا لأحكام القانون (م 674 من ق.م)، ومن ثم لا يمكن إخضاع الكافة لإتفاق بين الأفراد ينشئ حقا لم ينص عليه القانون صراحة ؛[3] كما أن الأمر يتعلق في أساسه بالنظام العام الإقتصادي والمالي للدولة.[4]

---

[1]- أنظر د. **شفيق شحاتة**، النظرية العامة للحق، 1959، فقرة 16، ص 30 ما يليها ؛ د. **عبد المنعم الصدة**، الحقوق العينية الأصلية، ص 9 و10 ؛ د. **نبيل سعد**، الحقوق العينية الأصلية، ص 9 و10؛ د. **محمد منصور**، الحقوق العينية الأصلية، ص8 ؛ د. **محمد كامل باشا**، الحقوق العينية الأصلية، فقرة 196، ص 236 وما بعدها ؛ د. **محمد قاسم**، موجز الحقوق العينية الأصلية، ص 13 ؛ د. **علي العبيدي**، الحقوق العينية، ص 22 و23.

Cf. Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil, T.3, 2e éd, par Picard, 1953, N° 48 ; Ghestin J, Chr. D. 1981, N° 31 ; Malaurie (Ph) et Aynès (L), Les Biens. N° 361 et s ; Larroumet. Les biens, P. 51 et s ; Atias Ch. Les biens, P. 39 et s.

[2]- Giverdan C , Obs. sous. Cass.Civ, 3°, 06/11/2002, D, 2003, 1331 ; Dabin A, Pour Une nouvelle définition du droits réel, RTDCiv, 1960, p. 20 et s ; Hervieu A, La limitation des droits réels, Thèse, Caen, 1981.

[3]- المحكمة العليا، غ.ع، 2002/07/25، ملف رقم 215762، غير منشور.

[4]- ورغم هذا، ذهب جانب من الفقه المصري وبدون تأسيس، إلى أنه ليس هناك ما يمنع الأفراد من أن ينشئوا حقوقا عينية لم تذكر في القانون، لأنها وردت في القانون على سبيل المثال ؛ ولا يحد من

وعلى هذا، نص القانون المدني الجزائري في المواد من 674 إلى 880 من ق.م على أن **الحقوق العينية الأصلية** (droits réels principaux) **وهي : حق** **الملكية** (La propriété)، وأورد ضمنها القيود التي ترد على هذا الحق، والملكية الشائعة، والملكية المشتركة في العقارات المبنية، وطرق اكتساب الملكية، والحقوق المتفرعة عن حق الملكية : كحق الانتفاع، وحق الاستعمال، وحق السكنى، وحق الإرتفاق.

كما أشار المشرع المدني الجزائري في المواد من 882 إلى 1003 إلى أن **الحقوق العينية التبعية** (droits réels accessoires) **هي : الرهن الرسمي، والرهن الحيازي، وحقوق الإمتياز، وحق الاختصاص**؛ وهي حقوق عينية ترد غالبا على شيء مادي مملوك للمدين، تمنح للدائن ضمانا لاستيفاء حقه، وهي التأمينات العينية أو الضمانات العينية المحددة في القانون (Les Sûretés réelles).

ومن المعلوم أن **القانون المدني الجزائري نظم مسائل المعاملات المدنية، بما فيها موضوعات الحقوق العينية الأصلية والتبعية المتعلقة** بالملكية العقارية الخاصة؛ **تاركا للشريعة الإسلامية حكم باقي الموضوعات** (م 2/1 من ق.م)؛ غير أنه لا يمكن للأفراد قانونا أن ينشئوا بإرادتهم حقا عينيا لم يرد ذكره في القوانين والأنظمة الخاصة، ولا أن يتفقوا على تغيير التنظيم القانوني الذي وضعه المشرع لتلك الحقوق.

وجدير بالتنويه ههنا، أن **فقهاء الشريعة الإسلامية إهتموا ب "الحقوق العينية" التي ترد على الأعيان المالية والعقارات بأنواعها، في مواضيع متفرقة لا يجمعها عنوان واحد**، وإن لم يستخدموا مثل هذا الاصطلاح في كتاباتهم؛ وخصصوا لكل نوع من أنواع الحقوق العينية تفصيلات وافية ضمن عناوين معينة محددة هنا وهناك : كباب الملك، وباب الشفعة، وباب الرهن، وباب ملك المنفعة، وغيرها.

حريتهم في هذا إلا ما يفرضه النظام العام والآداب. انظر د. **أحمد سلامة، التأمينات العينية والشخصية**، ج1، 1970، ص 51. وهذا قول عام قد يسري على الحقوق الشخصية، ولكنه يصعب تطبيقه في مجال الحقوق العينية.

ثامنا : خطة البحث

وعلى هذا الأساس، نقسم هذه الدراسة المتعلقة بالحقوق العينية في القانون المدني الجزائري إلى فصلين متكاملين، في صورة موجزة ميسرة ؛ الأول نخصصه للحقوق العينية الأصلية، والثاني نعرض فيه للحقوق العينية التبعية :

الفصل الأول : الحقوق العينية الأصلية.

الفصل الثاني : الحقوق العينية التبعية.

الفصل الأول

الحقوق العينية الأصلية

Les droits réels principaux

ذكرنا سابقا بأن **الحقوق العينية الأصلية** هي الحقوق التي تقوم بذاتها مستقلة، فلا تستند في وجودها إلى حق آخر تتبعه ؛ ونتطرق في هذا الفصل لدراسة العينية الأصلية، ونركز على **حق الملكية بوجه عام** (Droit de Propriété en général)، **باعتباره أهم الحقوق العينية الأصلية وأوسعها نطاقا**.

فإن حق الملكية هو الحق العيني الكامل، كما أنه أساس الحقوق العينية الأصلية التي تتفرع عنه (Le droit de Propriété est le plus important des droits réels) ؛ حيث يخول لصاحبه كافة السلطات القانونية الممكن تصورها على الشيء محل الحق، وهو أيضا **حق دستوري من حقوق الإنسان** (La valeur constitutionnelle du droit de Propriété)، يكرس قانونا الحريات المدنية والحقوق السياسية والاقتصادية والاجتماعية (م 61 من دستور 2016).

ونتناول في هذا الفصل الأول، المتعلق بالحقوق العينية الأصلية : حق **الملكية في ذاته**، ثم **أحكام الملكية الشائعة**، وكذا **الصور الخاصة للملكية الشائعة**، ثم نتناول **أسباب كسب الملكية**، وأخيرا نبحث في **الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن حق الملكية**، وهي حقوق متفرعة في الحقيقة عن حق الملكية، تخول صاحبها سلطات قانونية محددة على شيء مملوك للغير (كحق الإنتفاع، وحق الإستعمال، وحق السكنى، وحق السطحية، وحق الحكر، وحقوق الإرتفاق...).

وقد عالج المشرع الجزائري أحكام الحقوق العينية الأصلية، في القانون المدني، في المواد من 674 إلى 881 من ق.م.

ومن ثم، نقسم هذا الفصل الأول إلى خمسة مباحث على النحو الآتي :

المبحث الأول : حق الملكية في ذاته.

المبحث الثاني : الملكية الشائعة.

المبحث الثالث : الصور الخاصة للملكية الشائعة.

المبحث الرابع : أسباب كسب الملكية.

المبحث الخامس : الحقوق المتفرعة عن حق الملكية.

المبحث الأول

حق الملكية في ذاته

1- التعريف بحق الملكية :

الملكية نسبة إلى الملك، والملك لغة من ملك يملك ملكا، وهو إحتواء الشيء والقدرة على الإستئثار به، ومالك الشيء هو صاحبه وهو إسم الفاعل ؛[1] وهو ما ملكه الإنسان من الأموال، سواء كانت أعيانا أو منافع، أي بمعنى حيازة الشيء والإنتفاع به والإنفراد بالتصرف فيه.[2]

وجاء في لسان العرب لإبن منظور :" والملك ما ملكت اليد من مال، والملك إحتواء الشيء والقدرة على الإستبداد به"،[3] ومنه قوله تبارك وتعالى : "ولله ملك السموات والأرض وما بينهما"،[4] وقوله عز وجل : "ولله ملك السموات والأرض وإلى الله المصير"،[5] وقوله سبحانه :" تبارك الذي بيده

---

[1]- الملكية إسم منسوب إلى المصدر وهو الملك، وهي لغةبمعنى إحتواء الشيء والقدرة على الإستبداد به ؛ والمالكية تعبير عن العلاقة بين المال والشخص، بالنظر إلى الإنسان،والمملوكية تعبير عن هذه العلاقة بالنظر إلى المال؛غير أن لفظ الملكية هو الأكثر شيوعا لدى الفقهاء، والملكية تعبير عن العلاقة بين المال والشخص بالنظر إلى حقيقتها.
أنظر الزبيدي، تاج العروس شرح القاموس، ج7، ص 180 ؛ السرخسي، المبسوط، ج13، ص 122 ؛ ابن الهمام، رد المحتار، ج5، ص 631.

[2]- الفيروز أبادي، القاموس المحيط، ج3، ص 320.

[3]- إبن منظور، لسان العرب، م3، ص 528.

[4]- سورة المائدة، الآية 17 و120 ؛ والجاثية/27 ؛ والشورى/49 ؛ الحج/56 ؛ المنافقون/7.

[5]- سورة النور، الآية 42.

الملك وهو على كل شيء قدير."[1] وقوله تعالى: "ولله ما في السموات وما في الأرض يغفر لمن يشاء ويعذب من يشاء والله غفور رحيم."[2]

وأما الملك في الإصطلاح الشرعي : فهو العلاقة التي أقرها الشرع بين الإنسان والمال، والتي تجعله مختصا به، بحيث يتمكن من الإنتفاع به والتصرف به في الحدود المبينة شرعا ؛ فهو قدرة يتبثها الشارع إبتداء على التصرف إلا لمانع.[3]

فالملك سلطة شرعية تجعل المالك قادرا على الإنفراد بالإنتفاع بالشيء المملوك، والتمتع به والتصرف فيه على وجه الإختصاص، ما لم يوجد مانع شرعي يمنع من ذلك، كالجنون أو العته أو السفه أو الصغر ونحوها.[4]

فقد نصت المادة 11 من مرشد الحيران على أن : "الملك التام من شأنه أن يتصرف به المالك تصرفا مطلقا فيما يملكه، عينا ومنفعة واستغلالا، فينتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها ونتاجها، ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة شرعاً." وهو ما أشارت إليه أيضا المادة 2/1192 من مجلة الأحكام العدلية دون التركيز على صفة الحق المطلق، من أن الملكية هي سلطة المالك في أن يتصرف فيما يملكه على وجه الإستقلال عينا ومنفعة واستغلالا.

وحق الملكية (droit de propriété) في القانون المدني الجزائري، وفقا لما ورد في المادة 674 من ق.م : **هو الحق العيني الأصلي الذي يرد على شيء معين من الأشياء، منقول أو عقار على حد سواء ؛ وهو حق قاصر على المالك وحده**

1- سورة الملك، الآية الأولى.

2- سورة آل عمران، الآية 129.

3- المادة 125 من مجلة الأحكام العدلية.

أنظر إبن نجيم، الأشباه والنظائر، ص 346 ؛ د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج5، ص 517 ؛ الشيخ علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، ص 30 ؛ الشيخ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ص 489 وما بعدها ؛ د. محمد موسى، الأموال ونظرية العقد، ص 165 ؛ د. محمد سوار، حق الملكية في ذاته، ص 29 وما بعدها ؛ وللمؤلف نفسه، الحقوق العينية الأصلية، ص 22 وما بعدها.

4- والفرق بين التملك والتمليك: هو أن التملك يقصد به تملك الشخص مالا ولو بدون عقد ؛ أما التمليك فهو نقل الملكية من شخص إلى آخر بإبرام عقد ناقل للملكية، كالبيع أو الهبة أو الوصية.

راجع د. بلحاج العربي، الوجيز في الحقوق العينية في ضوء الفقه الإسلامي، المرجع المذكور، ص 40 وما بعدها ؛ النظريات العامة في الفقه الإسلامي، المرجع المذكور، فقرة رقم 373 وما بعدها.

يخول لصاحبه سلطة مباشرة لإستعمال واستغلال والتصرف في هذا الشيء، وذلك في حدود القانون، بأن لا يستعمله إستعمالا تحرمه القوانين والأنظمة.[1] **فلمالك الشيء وحده، حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه، في حدود القانون والأنظمة واللوائح التنظيمية الجاري بها العمل،** والمتعلقة بالمصلحة العامة أو المصلحة الخاصة، وألا يتعسف في استعمال حقه.[2]

وفي هذا نصت المادة 674 من ق.م على أن : "**الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة.**"

يتبين لنا من هذا التعريف، أن **عناصر حق الملكية وهى الاستعمال والاستغلال والتصرف على وجه الدوام،**[3] كما يتضح لنا بأن **حق الملكية هو حق مقصور على صاحبه،** وهو المالك الشرعي ؛[4] بأن **يتصرف في الشيء المملوك في حدود القوانين والأنظمة.** ومن ثم، فإن حق الملكية هو من الحقوق القانونية المضمونة المعتبرة من النظام العام التي يحميها القانون الجزائري مدنيا وجنائيا، فلا يجوز التعدي على حق الملكية بأي حال،

---

[1]- المادة 674 من ق.م.
وتقابلها المادة 17 من مجلة الحقوق العينية التونسية، و768 مدني سوري، و802 مدني مصري، و1048 مدني عراقي، و1018 مدني أردني، و811 مدني ليبي، و810 مدني كويتي، و516 مدني سوداني، و1133 مدني إماراتي، و11 من قانون الملكية العقارية اللبناني.
إن التعاريف التي أوردتها القوانين المدنية العربية في معظمها جاءت مقتبسة من المادة 544 مدني فرنسي، لم تساير فيها أحكام الفقه الإسلامي، ولم تواكب فيها الإتجاهات الفقهية الحديثة ؛ كما أنها جاءت قاصرة تركز على صفة الإطلاق في حق الملكية، وهي الصفة التي نبذتها القوانين المعاصرة ؛ وكان يستحسن لو ترك المشرع العربي التعاريف للفقه والقضاء.

[2]- المادة 690 و691 وما بعدها من ق.م.
" من المقرر قانونا أن الملكية هي حق التمتع والإنتفاع والتصرف في الأشياء، بشرط أن لا يتصرف المالك في ملكه تصرفا تحرمه القوانين والأنظمة واللوائح، وألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد الإضرار بالآخرين."
أنظر **المحكمة العليا**، غ.م، 2002/02/25، ملف رقم 215762 ؛ 1977/06/25، ملف رقم 148810 ؛ 1992/06/16، ملف رقم 90943 ؛ 1992/06/03، ملف رقم 86444.

[3]- ومن ثم، كان حق الملكية حقا عينيا جامعا نظرا للسلطات الثلاث الجامعة الخطيرة المخولة للمالك من الإستعمال والإستغلال والتصرف..

[4]- فهو حق مانع مقصور على مالك الشيء وحده في حدود القانون، بألا يستعمله استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة واللوائح والقرارات التنظيمية. أنظر د. **ريش محمد**، جريمة التعدي على الملكية العقارية، المجلة الجزائرية، جامعة الجزائر، عدد خاص، 2013، ص 83 وما بعدها.

كما أنه لا يجوز نزع ملكية أحد بلا سبب شرعي يقره القانون، من أجل المنفعة العمومية وفقا للإجراءات المنصوص عليها قانونا.[1]

ونلاحظ بصفة عامة أن القانون المدني الجزائري في تعريفه للملكية في المادة 674 من ق.م، لم يتعرض لإبراز حقيقتها، مقتصرا في تحديد ماهيتها على إظهار أهم خصائص حق الملكية، مركزا على سلطتي الإنتفاع والتصرف، وهي النتيجة التي تترتب على قيام الملك ؛ لأن الملك كما ذكرنا إختصاص واستئثار بشيء معين، يقتضي أن يكون المختص المستأثر مختصا ومستأثرا باستعماله واستغلاله والتصرف فيه. كما أن سلطة التصرف هي التي تميز حق الملكية عن الحقوق العينية الأخرى، حيث تثبت السلطات الثلاث دائما لمالك الشيء وحده في حدود القوانين والأنظمة، بينما يجوز أن تثبت سلطتا الاستعمال والاستغلال أو إحداهما لشخص آخر غير المالك كما سنرى لاحقا.[2]

ولعل المشرع المدني الجزائري في نص المادة 674 من ق.م، قد تأثر بالمادة 544 من ق.م.ف، التي أغفلت هي الأخرى ذكر سلطة الإستعمال صراحة، مكتفية بلفظ الإنتفاع كتعبير عن سلطتي الإستعمال والإستغلال، اللذين يقتربان عن بعضهما من حيث المعنى الفني.[3] فقد نقل المشرع الجزائري الجانب المتعلق بسلطات حق الملكية، دون التنصيص على التصرف فيه بطريقة مطلقة (وهي النزعة الفردية المتطرفة التي سار عليها المشرع الفرنسي) ؛ وترك الجانب الخاص بصفة هذا الحق، متأثرا في الحقيقة بأحكام الشريعة الإسلامية وبالأفكار الإجتماعية[4].

---

[1]- **مجلس الدولة**، غ.2، ق1، 2007/04/11، ملف رقم 031027، م.م.د، 2009، العدد2، ص 82 وما بعده ؛ الغرف المجتمعة، 2003/07/22، ملف رقم 008247، المجلة نفسها، 2003، العدد4، ص 64 وما بعدها ؛ **المحكمة العليا**، غ.ع، 2008/11/12، ملف رقم 475823، م.م.ع، 2009، العدد1، ص 209.

[2]- وإن كان في الغالب إذا استعمل المالك الشيء بنفسه سمي ذلك إستعمالا، وأما إذا استعمله بواسطة غيره مقابل أجر يتقاضاه من هذا الغير سمي ذلك إستغلالا.

[3]- **نصر الدين هنوني**، الإستعمال في القانون الغابي الجزائري، نشرة القضاة، العدد 67، 2014.

[4]- راجع د. **فاضلي إدريس**، نظام الملكية ومدى وظيفتها الإجتماعية في القانون الجزائري، رسالة لنيل شهادة الدراسات العليا، جامعة الجزائر، 1994 ؛ د.م.ج، 2010، ص 259 و260 و261 وما بعدها.

وقد تدارك المشرع الجزائري ذلك، في المادة 27 من القانون رقم 25/90 المؤرخ في 1990/11/18 المتضمن التوجيه العقاري المعدل والمتمم بالأمر رقم 26/95 المؤرخ في 1995/09/25، حيث عرف الملكية العقارية الخاصة، بأنها" : **حق التمتع والتصرف في المال العقاري أو الحقوق العينية من أجل إستعمال الأملاك وفقا لطبيعتها أو غرضها.**"

وفي هذا أحسن المشرع الجزائري صنعا، لأن حق الملكية لا يخرج عن كونه إستئثار في إطار القانون، والتسلط أمر يفرضه الإستئثار على شيء مادي أو معنوي ؛ غير أن إحترام هذا الإستئثار ناتج عن حماية القانون له، وهي حماية دستورية، متى سار في النطاق المحدد له بعدم الإنحراف عن الغاية التي تقرر من أجلها ؛ فلمالك الشيء وحده في حدود القانون، حق إستعماله واستغلاله والتصرف فيه.

2- التطور التاريخي لحق الملكية :

إن الملكية ليست فكرة قانونية مجردة، بل هي كذلك فكرة إقتصادية وإجتماعية وإنسانية، وما الجانب القانوني إلا المظهر الخارجي لها، أي التنظيمي أو القانوني للجانب الإقتصادي والإجتماعي والإنساني لموضوع الملكية.[1] ومن ثم، ظهرت الملكية مع ظهور أول تجمع إنساني، بل مع ظهور الإنسان على المعمورة ؛ كما أنها تطورت في كل جوانبها بتطور المجتمعات البشرية إقتصاديا وإجتماعيا وفكريا وتنظيميا.[2]

Cf. Bakkouche (A), L'évolution du droit de la propriété dans l'ordre international, O.P.U, Alger, 1992, p 12 et s.

[1]- :"C'est parce que l'homme est au centre, et que trois choses lui suffisent en société: être maître de sa personne, avoir des biens pour remplir ses besoins, et pouvoir disposer pour son plus grand intérêt de sa personne et de ses biens, que l'étude de la personne de la propriété et des conventions a paru indispensable."
Voir Cohet-Cordey F, La valeur explicative de la théorie du patrimoine, RTD civ, 1996, p 825 et s ; Dagonet (F), Philosophie de la propriété, Coll. Questions, PUF, Paris, 1992, p 15 et s.

[2]- انظر د. **فاضلي إدريس**، المرجع نفسه، ص 27 و42 وما يليها ؛ د. **علي فيلالي**، الملكية والقانون، المجلة الجزائرية، جامعة الجزائر، عدد خاص، 2013، ص 7 وما بعدها ؛ د. **إلغات ربيحة**، الملكية العقارية في ظل التشريع الجزائري، المرجع نفسه، ص 181 وما يليها.

وعلى هذا اهتمت الشرائع القديمة والحديثة بحق الملكية الذي لازم حركة تطور المجتمعات الإنسانية، إنطلاقا من غريزة حب التملك لدى الإنسان، وحقه الطبيعي الأساسي في الملكية، بضبط علاقة المالك بملكه، وكذا علاقته بغير المالك ؛ من خلال تحديد وظائف الملكية الاقتصادية والمالية والاجتماعية، وذلك عن طريق التوفيق والموازنة بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة[1].

فقد كانت الملكية في العصور البدائية، وكذا في الحضارات البشرية القديمة، كالمصرية واليونانية والعربية قبل الإسلام، تتمثل في بدايتها أساسا في ملكية القبيلة متمثلة في إحتواء زعيمها للعقارات والأسلحة والأواني والثياب...، على شكل ملكية العشيرة الجماعية لوسائل الإنتاج.[2]

ثم ظهرت الملكية العائلية للأبوين وأبنائهما في بعض المجتمعات القديمة (وهي ملكية الأرض)، بعد تنازل العشيرة للأسرة ببعض الصلاحيات لضمان غريزة التكاثر واستمرار الحياة وتملك وسائل الإنتاح ؛ إلى أن أصبحت الملكية في عهد جستنيان في القانون الروماني، تتسم بكونها حقا مطلقا قاصرا على المالك وحده، دون وساطة أحد، يخول لصاحبه حقوق الإستعمال والإستغلال والتصرف.

وبتطور الزراعة والصناعة والإنتاج وازدهار التجارة والمال والأموال، وبظهور المجتمعات المدنية المعاصرة، وفي ظل الصراع والتطور البشري المستمر، ظهرت القوانين الحديثة لتنظيم الملكية الفردية الخاصة بمعناها المعروف حديثا، لتلبية الحاجة الفطرية إلى الإستئثار الشخصي بجزء من الأموال، بشرط ألا تتعارض مع مصلحة الجماعة ؛ باعتبارها من حقوق الإنسان والمواطن الدستورية الأساسية المضمونة قانونا.[3]

Voir Belhimer (A) et Ben Hounet (Y), Droit et propriété en algérie, perspectives éthnographiques, Rev. Alg, Univ d'Alger, 2013, N° Spécial, P 5 ; Belhimer (A), Le régime juridique de la propriété foncière en Algerie, Centre Jacques Berque, janvier 2012.

[1] - Patault A-M, Introduction historique au droit des biens, PUF, Paris, 1989, p 10 et s.

[2] - د. فاضلي إدريس، المرجع المذكور، ص 9 وما بعدها.

[3] - د. فاضلي إدريس، المرجع نفسه، ص 72 وما بعدها ؛ د. علاوة العايب، حق الملكية حق من حقوق الإنسان بين الحريات المدنية والحقوق السياسية والاقتصادية والاجتماعية، المجلة الجزائرية للعلوم

فقد نصت المادة **17 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان** الصادر بتاريخ 1948/12/10، على أن : "**حق الملكية هو حق من الحقوق الطبيعية للإنسان، غير قابل للإنتهاك مع الحرية والأمن**، ولكل شخص الحق في التملك بمفرده، أو بالإشتراك مع غيره، **ولا يجوز تجريد أحد من ملكه تعسفا**"[1].

كما أن **العهد الدولي الخاص بحقوق الإنسان** الاقتصادية والاجتماعية والثقافية الصادر من الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 1966/12/16، أشار في المادة 27 على أن : "**حق الملكية هو حق من حقوق الإنسان الأساسية، لا يجوز حرمان أحد منه، إلا لضرورة** تقتضيها المصلحة العامة يحددها القانون، بشرط تعويض عادل يدفع مقدما".

في الإتجاه نفسه، أشارت مختلف المعاهدات الدولية الإقليمية، وكذا الدساتير الحديثة والقوانين المعاصرة المقارنة المتعاقبة على ضرورة **احترام حق الملكية الخاصة**، تأسيسا على مبدأ الحرية الفردية المقدسة (droit absolu) وهو : "**حق محمي ومكرس لا يمس** (droit inviolable et sacré)، **غير قابل للانتهاك، ولا يسقط بالتقادم** ؛"[2] وخاصة الملكية العقارية الخاصة لتمكين الإنسان من حقوقه الإجتماعية الأساسية، ومن بينها حق المسكن للأفراد، بالشكل الذي يليق بمكانة الفرد، ويضمن له الحياة الكريمة.[3]

وفي سبيل تكريس هذا الأساسي، نص الدستور الجزائري الجديد لعام 2016، على حق الملكية الخاصة هو حق دستوري ؛ وأكد على ضرورة إحترامه وحمايته. فقد نصت المادة 64 منه صراحة على أن : "الملكية

القانونية والإقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر العاصمة، عدد خاص، الملكية والقانون، 2013، ص 19 وما بعدها.

[1] - المعتمد بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة تحت رقم 217 ؛ وهو ما أكدته الإتفاقية العامة المسماة بـ GATT المتعلقة بالتعريفات الجمركية والتجارية لعام 1947، على أن حق الملكية حق مقدس من حقوق الإنسان لا يمس ؛ ونصت على عولمة الملكية الفكرية.

[2] - باعتباره حقا طبيعيا للإنسان ولد معه يسبق وجود المجتمع الذي عليه ان يحميه، وهو ما قال به الفقهاءوالفلاسفة قبل بينتام (Bentham) ومونتسكيو (Montesquieu)، وغيرهم من فلاسفة الغرب.

[3] - المادة1/11 و27 من العهد الدولي المتعلق بالحقوق الإقتصادية والإجتماعية والثقافية وحماية الملكية الفكرية، الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 1966/12/16، الذي دخل حيز النفاذ في 1976/03/23.

الخاصة مضمونة"، كما أشارت المادة 22 على أنه : "**لا يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون، ويترتب عليه تعويض عادل ومنصف**"[1].

ومن المعلوم أن المادة 544 من القانون المدني الفرنسي جاءت معبرة عن النزعة الفردية المتطرفة لحق الملكية بقولها : "**الملكية هي حق المالك في الانتفاع بما يملكه والتصرف فيه بصفة مطلقة، ما لم يكن الإستعمال محظورا بمقتضى القوانين واللوائح التنظيمية**". كما أن محكمة النقض الفرنسية في قراراتها المبدئية المشهورة أشارت دائما إلى أن : "**حق الملكية هو حق أساسي ذو قيمة قانونية دستورية**" (Le droit de propriété est un droit fondamental de valeur constitutionnelle)[2]. فالملكية حق عيني مطلق، مقصور على صاحبه، يمكن للمالك أن يحتج بها ضد الكافة، وله الحق في استعمال ملكه واستغلاله كيف يشاء وعلى النحو الذي يراه[3].

ومن الملاحظ أن صفة الإطلاق التي أوردها القانون المدني الفرنسي في المادة 544، [4] وهو بصدد تعريفه لحق الملكية، بأنه **سلطة المالك في أن يتصرف في ملكه تصرفا مطلقا** (de la manière la plus absolue)، والتي ركزت عليها.

بعض القوانين المدنية العربية وهي بصدد تعريفها لحق الملكية، هي صفة جاءت مطلقة وعامة، تكريسا للفكر الفلسفي للإتجاه التقليدي الفردي الذي

---

[1] - القانون رقم **02/16** المؤرخ في 2016/03/06 المتضمن التعديل الدستوري ؛ **الجريدة الرسمية**، العدد14، لسنة 2016، المؤرخة في 2016/03/07.

[2]- وهي الحماية القانونية الدستورية للملكية الفردية في الفقه والقضاء الفرنسيين.
راجع تعليق الأستاذ الفقيه" قريمالدي" Grimaldi على **نقض مدني فرنسي**، 1، 1995/01/04، Bull.Civ، 1، رقم 4 ؛ مجموعة دالوز، 1995، المختصرات، 328.
Voir Ranouil V et Caron C, Propriété, éléments, caractères et limitations, J-Cl Civ, Fasc 10 ; Bouyssou F, Les garanties supralégislatives du droit de propriété, D, 1984, Chron. 231.
وهو ما سار عليه اجتهاد **محكمة النقض المصرية**، أنظر طعن رقم 144، الصادر في 2000/03/04، لسنة 20 ق:" إن صون الدستور للملكية الخاصة، مؤداه أن المشرع لا يجوز أن يجردها من لوازمها، ولا أن يفصل عنها بعض أجزائها، ولا أن ينتقص من أصلها أو يغير من طبيعتها دون ما ضرورة تقتضيها وظيفتها الإجتماعية، وألا ترهق القيود التي يفرضها المشرع عليها جوهر مقوماتها، ولا أن يكون من شأنها حرمان أصحابها من تقرير صور الإنتفاع بها...".

[3] - **نقض مدني فرنسي**، غ3، 2001/12/19، Bull.Civ، 3، رقم 160.

[4]- Art 544 C.Civ. Fr « La propriété est le droit de jouir et disposer des choses, de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas usage prohibé par les lois ou par les règlements. »

يعتبر الملكية حقا مطلقا ؛ وهي على كل حال لا تخلو من النقائص والإنتقادات، كما أنها ليست خاصية أصيلة في تعريف حق الملكية ؛ مما يخل بالأهداف والتوجهات الإقتصادية وكذا بالتوازن بين الطبقات الإجتماعية[1].

وهو ما دفع القوانين المعاصرة إلى التمسك بالملكية الفردية الخاصة، مع تقييدها بقيود قانونية محددة لتحقيق أهداف إقتصادية وإجتماعية، **تمنع المالكمن ممارسة تصرفات معينة تضر بالآخرين** ؛[2] بمعنى أن يكون التمتع بالملكية من خلال الإستعمال والإستغلال والتصرف بحسب الحدود المرسومة قانونا، أي ضمن الضوابط والقيود التي تسمح بها الأنظمة والقوانين السارية المفعول.[3]

3- حق الملكية في الإسلام :

حق الملكية معروف لدى فقهاء الإسلام باصطلاح "الملك"، والملك عندهم يشمل الأموال والمنافع والديون التي تقبل التملك والتمليك ؛ **والملك هو اختصاص واستئثار بشيء، يمكن صاحبه من الانتفاع به واستغلاله والتصرف فيه بجميع التصرفات الجائزة**، عند عدم وجود المانع الشرعي.[4]

---

[1] - راجع د. **علي فيلالي**، الملكية والقانون، المجلة الجزائرية، المقال المشار إليه، ص11 ؛ **د. فاضلي إدريس**، المرجع المذكور، ص 131 و259 و264 وما يليها ؛ وانظر **خوادجية حنان**، قيود الملكية العقارية الخاصة، رسالة ماجستير، جامعة قسنطينة، 2008، ص 5 و22 وما بعدهما ؛ **زرارة عواطف**، عدم التعسف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة، رسالة ماجستير، جامعة باتنة، 2008، ص 35 وما يليها.

[2] -Voir Rép.Civ, Propriété, par Sériaux; Zénati-Castaing, La propriété mécanisme fondamental du droit, Mél. Goubeaux, Dalloz-LGDJ, Paris, 2009, p 589 et s; Giannotti, Abus du droit de propriété, Rev.Dr.Immobilier, 1991, p 303 et s.
أنظر نقض مدني فرنسي، 3، 2001/12/19، Bull.Civ ،3، رقم 160 ؛ 1978/03/20، المرجع نفسه، 3، رقم 128 ؛ إستئناف كولمار (Colmar)، 1855/05/02، دالوز الدوري، 2، 1856، 9 ؛ إستئناف بو (Pau)، 1986/09/30، دالوز، المختصرات، 32، تعليق الأستاذ روبار Robert.
Cf. Ghaouti (S), Le traitment de la propriété dans les textes fondamentaux algeriens, Rev. Alg, 2013, N° Spécial, P 9.

[3] - Voir Zénati (F), Essai sur la nature juridique de la propriété, Contribution à la théorie du droit subjectif, Thèse, Lyon, 1981, p 15 et s ; Renard G et Trotabas, La fonction sociale de la propriété privée, éd Sirey, Paris, 1930, p 50 et s ; Ranouil V et Caron C, Propriété, éléments, caractères et limitations, J-Cl Civ, Fasc 10.

85- الملكية في الفقه الإسلامي حق مقيد بالمقاصد الشرعية والصالح العام إلى جانب المصلحة الخاصة، وعدم الإضرار بالغير، أما التملك فهو رخصة ؛ فإذا جاوز صاحب الحق حدود الرخصة، كان هذا خروجا عن الحق وهو فعل ضار، أي تعدي يوجب الضمان شرعا.

والملك في الفقه الإسلامي إما أن يكون **ملكا تاما** : وهو ما يرد على رقبة الشيء ومنفعته معا، بحيث يثبت للشخص الواحد ملكية العين والقدرة على إستعمالها واستغلالها والتصرف فيها ؛ أو **ملكا ناقصا** : وهو ما إما أن يكون ملك رقبة أو ملك منفعة، كالمنفعة والإرتفاق والإجارة والإعارة والوقف وغيرها ؛ و**الملكية من حيث تحديدها** إما أن تكون مفرزة معينة ثابتة لشخص واحد، أو مشتركة أو شائعة بين اثنين أو أكثر من الملاك على الشيوع.[1]

أ- التكييف الشرعي لحق الملكية في الإسلام

إهتمت الشريعة الإسلامية منذ خمسة عشرة قرنا بحق الملكية كحق من الحقوق الأساسية للإنسان، وبالملكية الخاصة الفردية، وأخذت بها وبنت أحكامها على الإعتراف بها وحمايتها، واعتبرت التملك غريزة بشرية فطر الناس عليها، يجب إشباعها بعيدا عن الصراع والمشاحنة ؛ وهذا قبل المواثيق الدولية والمعاهدات الحديثة والقوانين الوضعية المعاصرة، وقبل ظهور الأفكار الاشتراكية والرأسمالية المتعلقة بالملكية في الشرق والغرب وبدون منازع، وذلك في حدود ما يقره الشارع وما يرتب عليها من آثار[2].

فالملكية والأموال والأشياء متاع الدنيا إلى حين، لقول تعالى : "**وما أوتيتم من شيء فمتاع الحياة الدنيا وزينتها وما عند الله خير وأبقى**"[3]، والإنسان يحب طول الحياة وحب الأموال والشهوات، **وهو مجبول على التملك والبخل مخافة الفقر**، مهما بلغ ما يملكه من المال والأموال، لأن مبنى أمره الحاجة، ونزوع النفس لما تريده وتهواه ؛ ولا يملأ جوف ابن آدم إلا التراب، إلا من وفقه الله برحمته الواسعة، لقوله سبحانه : **الذي جمع مالا وعدده يحسب أن ماله أخلده**،"[4] وقوله تعالى : "**وتحبون المال حبا**

---

[1] القرافي، الفروق، ج3، ص 208 وما بعدها ؛ **إبن الهمام**، فتح القدير، ج5، ص 74 ؛ **البهوتي**، كشاف القناع، ج2، ص 170 ؛ **د. بلحاج العربي**، الوسيط في شرح الحقوق العينية في ضوء قواعد الفقه الإسلامي والأنظمة السعودية والإجتهادات القضائية، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2016، ص 42 وما بعدها.

[2] د. عبد الله التركي، حقوق الإنسان في الإسلام، ص 16 وما بعدها ؛ **د. نواف كنعان**، حقوق الإنسان في الإسلام والمواثيق الدولية والدساتير العربية، مكتبة الجامعة، عمان، الأردن، 2008، ص 58 وما بعدها.

[3] سورة القصص، الآية 60.

[4] سورة الهمزة، الآية 2 و3.

جما"[1]، وقوله تبارك وتعالى : "**المال والبنون زينة الحياة الدنيا**"[2]، وقوله عز وجل : "**إنما أموالكم وأولادكم فتنة**" ؛[3] وقوله جل وعلا : " **زين للناس حب الشهوات من النساء والبنين والقناطير المقنطرة من الذهب والفضة**"[4]، وكذا قوله سبحانه : "**قل لو أنتم تملكون خزائن رحمة ربي إذا لأمسكتم خشية الإنفاق وكان الإنسان قتورا**"[5].

فقد جعلت الشريعة الإسلامية استعمال حق الملكية مقيدا بتحقيق الصالح العام، وعدم الإضرار بالغير، وعدم التعسف في إستعماله ؛ كما أنها أقرت الملكية الفردية والكسب الخاص، وقامت بحمايتها والتشجيع عليها، باعتبارها ملكية راسخة ومضمونة في حدود الأحكام والضوابط الشرعية التي حددها الشارع ؛[6] لقوله سبحانه : "**الذين ينفقون أموالهم بالليل والنهار**"[7]، وقوله تعالى : "**أنفقوا من طيبات ما كسبتم ومما أخرجنا لكم من الأرض**" ؛[8] وقوله عز وجل : "**وهو أنشأكم من الأرض واستعمركم فيها**"[9].

فالملك في حقيقته الشرعية هو إستخلاف إلهي، ومنحة ربانية من الله عز وجل، لأن المال أصلا مال الله، يسخره للناس بنعمه المختلفة للإنتفاع به واستخدامه في حدود الشرع، لقوله تعالى : "**والله يعدكم مغفرة منه وفضلا والله واسع عليم**" ؛[10] والمال هو إمتحان حقيقي، وابتلاء للإنسان فيما يملك من الأموال، لقوله تعالى : "**هو الذي خلق لكم ما في الأرض**

---

[1]- سورة الفجر، الآية 20.

[2]- سورة الكهف، الآية 46.

[3]- سورة التغابن، الآية 15.-

[4]- سورة آل عمران، الآية 14.

[5]- سورة الإسراء، الآية 100.

[6]- في حدود الوظيفة الاجتماعية والاقتصادية التي أرادها الله، وهي الملكية الفردية، وحرية التجارة، وتداول الثروات، واستثمار المال والأموال ؛ وهذا قبل أن يقول بذلك الفقيه الفرنسي المشهور ليون دوجي (Léon Duguit) ؛ انظر لاحقا قيود حق الملكية.

[7]- سورة البقرة، الآية 347.

[8] - سورة البقرة، الآية 267.

[9]- سورة هود، الآية 61.

[10] - سورة البقرة، الآية 268.

جميعا، "[1] وقوله سبحانه : "هو الذي جعلكم خلائف الأرض ورفع بعضكم فوق بعض درجات ليبلوكم فيما آتاكم" ؛[2] وقوله عز وجل : " وأنفقوا مما جعلكم مستخلفين فيه" ؛[3]

والمالك الحقيقي لكل ما في السموات وما في الأرض من أشياء وأموال إنما هو الله تبارك وتعالى، لقوله سبحانه : "ولله ملك السموات والأرض والله على كل شيء قدير، "[4] وقوله عز وجل : "ولله ملك السموات والأرض وإلى الله المصير، "[5] وكذا قوله تبارك وتعالى : "ولله ملك السموات والأرض وما بينهما"، [6] وقوله سبحانه : "ولله ما في السموات وما في الأرض وإلى الله ترجع الأمور"، [7] وقوله تعالى : "تبارك الذي بيده الملك وهو على كل شيء قدير، "[8] وقوله سبحانه : " ألم تعلم أن الله له ملك السموات والأرض"[9].

فلكل فرد من أفراد المجتمع الحرية في الملكية الخاصة، واكتساب المال والأموال بالطرق المشروعة، لكنها ليست حرية مقدسة مطلقة في الشريعة الإسلامية، فهي مقيدة بالضوابط الشرعية ومصلحة الجماعة ؛ فإذا تعارضت مصلحة المالك مع مصلحة الجماعة قدمت مصلحة الجماعة، والذي يحدد مصلحة الجماعة هو شرع الله عو وجل، وعلى الإنسان أن يلتزم به، ويخرج حقوق العباد والمجتمع من المال. فإنه من الثابت أنه سيسأل المالك عن المال من أين اكتسبه وفيما أنفقه، لقوله تبارك وتعالى : "وآتوهم من مال الله الذي آتاكم"، [10] وقوله جل وعلا : "ولا تقربوا

---

[1] - سورة البقرة، الآية 29.
[2] - سورة الأنعام، الآية 165.
[3] - سورة الحديد، الآية 7 ؛ وسورة الأتعام، الآية 165.
[4] - سورة آل عمران، الآية 189.
[5] - سورة النور، الآية 42.
[6] - سورة المائدة، الآية 17 و120 ؛ والجاثية/27 ؛ والشورى/49 ؛ والحج/56 ؛ والمنافقون/7.
[7] - سورة آل عمران، الآية 109.
[8] - سورة الملك، الآية الأولى ؛ وسورة الزخرف/ 85.
[9] - سورة البقرة، الآية 107.
[10] - سورة النور، الآية 33.

مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن"،[1] وقوله سبحانه : "والذين في أموالهم حق معلوم للسائل والمحروم"،[2] وقوله تعالى : "ثم لتسألن يومئذ عن النعيم".[3]

فإن الله عز وجل هو الذي خلق جميع الأشياء، وهو وحده مالكها الحقيقي، أما الملكية الفردية الخاصة الثابتة للأشخاص فليست إلا سلطة منحها الله تعالى للإنسان، للإستفادة من الخيرات والثمرات والإنتفاع بها في الحدود التي رسمها الشارع ؛ لقوله تعالى : "يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم."[4]

فالملكية الخاصة مضمونة ومحمية في الإسلام، ويجب الدفاع عنها والسعي في سبيل تحصيلها بالطرق الشرعية ؛ فهي إستغلال شرعي للعمل والتكسب، وعمارة للكون تفرض على المالك واجبات أساسية، كتحمل المالك المسؤولية عن المال الذي سخره الله له، واستثماره فيما يفيد الجماعة، وإخراج حقوقه الشرعية، وعدم أكل أموال الناس بالباطل، وعدم التعامل بالربا ؛ واحترام حق الجوار، وعدم الإضرار بالغير، وعدم التعسف في استعمال الملكية الفردية.[5]

وقد أقر الرسول صلى الله عليه وسلم بحق الأفراد في الكسب والتملك، وامتلاك المال والأموال، وأمر بتحري الكسب الحلال، واستثمار المالك لأمواله ؛ وبالإعتدال في النفقة، وإنفاق المال في وجوهه الشرعية والإبتعاد عن الشبهات، وحرم الإعتداء على هذا الحق، لقوله عليه الصلاة والسلام : "كل المسلم على المسلم حرام، دمه وماله وعرضه".[6] وكان من أفعاله من توزيعه للغنائم وإقطاعه للأراضي وإعطائه للعطايا، إستجابة لغريزة التملك وحب المال التي اودعها الله تبارك وتعالى في النفوس البشرية.

---

[1]- سورة الأنعام، آية 251.

[2]- سورة المعارج، الآية 24.

[3]- سورة التكاثر، الآية 8.

[4] - سورة النساء، الآية 29.

[5]- وهي القيود التي أشار إليها أيضا بعض فقهاء القانون الكنسي المسيحي في كتاباتهم، كالقديس المعروف توماس الأكويني (St Thomas d' Aquin) ؛ والتي غيرت من جوهر الملكية ذاته في التطور الفكري القانوني المعاصر لمفهوم الملكية في الغرب.

[6]- رواه إبن ماجه في سننه في كتاب الفتن.

فالملك في الفقه الإسلامي ليس حقا مطلقا بدون قيود، بل هو إذن شرعي مقيد بالمقاصد الشرعية والصالح العام وعدم الإضرار بالغير، وضرورة إستعماله في حدود الضوابط الشرعية، لأنه : " لا ضرر ولا ضرار " [1] ففيه دلالة على منع الشخص أن يضر نفسه أو يضر غيره، وكذا منع التعدي على النفس أو على الغير ؛ فإذا تجاوز صاحب الملك حدود الملكية بأن تعسف في إستعمالها أو أضر بالآخرين، كان هذا الخروج خطأ يوجب الضمان شرعا.[2]

ب- الرد على بعض المستشرقين

ذهب بعض المستشرقين من الغرب في كتاباتهم، إلى أن الفقه الإسلامي يفتقر إلى نظرية عامة للملكية، وأن أفكاره بشأن حق الملكية عسيرة ومتداخلة وصعبة وغير واضحة، وأنه لا يقر الحقوق المتعلقة بالملكية صراحة.[3]

وهو قول مردود عليهم من الناحية العلمية الأكاديمية ؛ كما أنه جاء بخلاف الواقع في الفقه الإسلامي، لأن علماء الإسلام عالجوا أحكام الملكية والأموال والضمانات الشخصية والعينية بشكل تفصيلي ؛[4] ولو في صورة متناثرة، أي متفرقة هنا وهناك في بطون مؤلفاتهم، وفقا لمناهجهم وأساليبهم البحثية ؛[5] تحت تسميات مختلفة والتي منها : كتاب الملك،

1- حديث حسن رواه مالك وأحمد وابن ماجه.

2- الشيخ مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ص 257 وما بعدها ؛ د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج8، م1، فقرة 552 ؛ د. فاضلي إدريس، المرجع المذكور، ص 58 وما يليها.

3-Voir G.H Bousquet, le droit musulman, 1963, P.7; Weill (A), Terré (F), Simler (Ph), Droit civil, Les Biens, Dalloz, 3e éd, Paris, 1985,N° 76 .

4-Cf.Chehata (ch.). Etudes de droit Musulman, P.U.F, Paris, 1971, p 178 ;El Shakankiri (M), les choses en droit musulman, Arch.phil.droit, Paris, 1979, p 67 et s.

أنظر علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين الغربية، ص 30 ؛ الشيخ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ص 489 وما بعدها ؛ د. محمد موسى، الأموال ونظرية العقد، ص 165 ؛ د. أحمد حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ص 26 وما بعدها.

5- والحقيقة أنه للفقه الإسلامي أسلوبه الخاص ومنهجيته الأصيلة، في عرض الأحكام الفقهية، على شكل مسائل تفصيلية متناثرة تتسم بالعموم، وليس على شكل نظريات عامة، خلافا لما هو موجود في فقه القوانين الوضعية والأنظمة اللاتينية الحديثة. وعلى هذا، فإن قول بعض الفقه المدني المعاصر في الغرب، من أن الفقهاء المسلمون لم يواجهوا صراحة نظرية الملكية، ولم يقوموا بتصنيف وصياغة أحكام الملكية والأموال والضمانات الشخصية والعينية، وأن أفكارهم معقدة وعسيرة، إنما هو إدعاء غير صحيح من الناحية العلمية الأكاديمية، لا يرتكز على أساس متين من الصحة.

وأسباب الملك التام، وملك المنفعة، وملكية العلو والسفل (ملكية الطبقات)، وملكية الشيوع، وملكية الإستخلاف، وحدود الملكية بعدم الإضرار بالأفراد أو بالجماعة، والشركة، والإرتفاق، والرهن، والكفالة، والضمان، والشفعة، وغيرها من المسائل التي تعرض إليها فقهاء الشريعة الإسلامية في هذا العصر الحديث بأسلوب منهجي علمي، وفي شكل قواعد كلية ونظريات عامة وبدون منازع[1].

وعلى هذا، نقول لهؤلاء المستشرقين بأن الإسلام أقر قبل المواثيق الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان، وكذا قبل مختلف الدساتير والقوانين الوضعية المعاصرة، وبدون منازع، أنه **لكل إنسان الحق في التملك بالطرق الشرعية، والتمتع بحقوق الملكية بما لا يضر به أو بغيره من الأفراد أو المجتمع ؛** ولا يجوز نزع الملكية إلا لضرورات المنفعة العامة، ومقابل تعويض فوري وعادل. كما أنه تحرم الشريعة الإسلامية مصادرة الأموال وحجزها أو تأميمها أو الإستيلاء عليها، إلا بمقتضى شرعي ؛ ولكل إنسان الحق في الإنتفاع ملكيته الفكرية، بما فيها الملكية الصناعية والتجارية، وله الحق في حماية حقوقه الأدبية والفنية والتقنية والمالية العائدة له من هذا الإنتاج الفكري[2].

4- حق الملكية في القانون الجزائري :

نصت المادة 64 من الدستور الجزائري الجديد لسنة 2016، على أن : "**الملكية الخاصة مضمونة**، وحق الإرث مضمون، والأملاك الوقفية وأملاك الجمعيات الخيرية معترف بها، ويحمي القانون تخصيصها" ؛[3] وهو ما جاء أيضا في المادة 12 من الدستور الجزائري لسنة 1996.

كما قضت المادة 80 من الدستور الجزائري لسنة 2016، على أنه : "**يجب على كل مواطن أن يحمي الملكية العامة**، ومصالح المجموعة الوطنية، ويحترم ملكية الغير".

---

[1] أنظرد. بلحاج العربي، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، د.م.ج، الجزائر، الطبعة2، 2001، ص 11 و12 ؛ وللمؤلف نفسه، معالم نظرية الحق لدى فقهاء الشريعة الإسلامية، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، الرياض، السعودية، 1995، العدد 25.

[2] - راجع المادة 15 و16 من إعلان القاهرة لحقوق الإنسان في الإسلام المتعلقة بالملكية، الذي أقره مجلس وزراء خارجية منظمة مؤتمر العالم الإسلامي في القاهرة بتاريخ 1990/08/05.

[3] - القانون رقم 02/16 المؤرخ في 2016/03/06 المتضمن التعديل الدستوري : الجريدة الرسمية، العدد14، لسنة 2016، المؤرخ في 2016/03/07.

ومن ثم، فإن الملكية العقارية الخاصة محترمة ومصونة ومضمونة دستوريا في القانون الجزائري، بما فيها ملكية المستثمر الأجنبي، ولها الحماية القانونية والقضائية المدنية والجزائية والإدارية، غير أنها مقيدة بقيود قانونية تجعل منها **وظيفة إجتماعية واقتصادية** ؛ بحيث يباشر صاحبها سلطاته وفقا لطبيعتها أو غرضها، في حدود القوانين والأنظمة السارية، بما يحقق مصلحته وينفع المجتمع برمته وفقا لأحكام المادة 674 من ق.م[1]. فيتمتع صاحب الملكية بحقه، ضمن حدود قانونية لا يجوز له أن يتعداها، بما يحقق المصلحة العامة للجماعة، ويمنع الضرر عن الغير ؛ بأن تساهم الملكية الخاصة في تنمية البلاد، وأن تكون ذات منفعة إجتماعية وإقتصادية[2].

فقد نصت المادة 27 من القانون رقم 25/90 المؤرخ في 1990/11/18 المتضمن التوجيه العقاري، المعدل والمتمم بالأمر رقم 26/95 المؤرخ في 1995/09/25، على أن : **الملكية العقارية الخاصة هي حق التمتع والتصرف في المال العقاري أو الحقوق العينية، من أجل إستعمال الأملاك وفق طبيعتها أو غرضها.** كما قضت المادة 28 من القانون نفسه بأن : **الملكية الخاصة للأملاك العقارية والحقوق العينية العقارية يضمنها** الدستور، وتخضع لأحكام القانون المدني ؛ ويجب أن يوافق إستغلال الأرض الخصائص المرتبطة بها وفقا للفائدة العامة التي أقرها القانون.

ومعنى أن تكون للملكية وظيفة إجتماعية : هو أن يقيد حق الملكية لا للمصلحة العامة فحسب، بل للمصلحة الخاصة أيضا ؛ فإذا تعارض حق الملكية مع مصلحة عامة، فالمصلحة العامة هي التي تقدم قانونا[3].

---

[1] خوادجية حنان، قيود الملكية العقارية الخاصة، الرسالة المذكورة، ص 41 وما بعدهما ؛ زرارة عواطف، عدم التعسف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة، رسالة ماجستير، جامعة باتنة، 2008، ص 35 وما يليها.

[2] راجع للإستزادة: أبحاث الملتقى الوطني حول قضايا الملكية والقانون في الجزائر، جامعة الجزائر، ديسمبر 2012 ؛ وكذا أبحاث الملتقى الوطني حول الملكية العقارية والقيود الواردة عليها في التشريع الجزائري، جامعة قالمة، سبتمبر 2013.

Voir: C.Benakezouh, Le droit des réserves foncières, O.P.U, Alger, 1996, p 11 et s.

[3] د. فاضلي إدريس، المرجع المذكور، ص 79 وما يليها.

نقض مدني مصري، 1997/07/12، طعن رقم 4338، م.أ.ن، س 48، ص 1114 ؛ 1994/12/25، طعن رقم 575، م.أ.ن، س 45، ص 1652.

فإن إعتبار الملكية الخاصة حقا مطلقا، وفقا لصيغة المادة 544 من ق.م.ف المستمدة من القانون الروماني وأفكار الفقيه "جستنيان"، هو أمر يتعارض مع ما يرد في التشريع الفرنسي من قيود قانونية عديدة على سلطات المالك، كما أن إسباغ صفة الإطلاق تجعل صاحب هذا الحق معصوما وغير مسؤول عما قد يترتب من ضرر بالغير من جراء إستعماله لهذا الحق[1].

أ- ضمان حماية الملكية الخاصة

المبدأ العام في القانون الجزائري هو **ضمان حماية الملكية الخاصة بوجه عام**، وفقا لما تتضمنه التشريع الجزائري من نصوص دستورية، وما تناولته بإسهاب القوانين الجزائرية المختلفة العامة والخاصة.

فإنه يكون لصاحب الحق أن يلجأ إلى القضاء للمطالبة بحماية ملكيته العقارية الخاصة، وبوقف الاعتداء على ملكيته، والتعويض عن الضرر الناشئ عنه؛ بشرط ألا يستعمل ملكيته إستعمالا تعسفيا للإضرار بالغير، وهو ما تحرمه القوانين والأنظمة الجزائرية، وبأن لا يغلو في استعمال حقه إلى الحد الذي يضر بملك جاره (م 691 من ق.م)،[2] وأن لا يضر بالسكينة العامة المحمية قانونا لحفظ النظام العام (م 690 و691 و712 من ق.م، و386 من ق.ع)؛ بأن يساهم في المحافظة على على هدوء الطرق والأماكن العامة والمناطق العمرانية السكنية، من الضوضاء والإزعاج والصخب والمضايقات السمعية، خاصة في أوقات راحة الناس.[3]

إن المالك في القانون الجزائري يضطلع بحكم ملكيته للمال برسالة اجتماعية واقتصادية يلتزم دستوريا بأدائها كما تستوجبه القوانين والأنظمة

---

[1] - الإتجاهات الحديثة تعتبر حق الملكية حق نسبي يمارس في حدود القانون، أي أنه مقيدا بمراعاة الأنظمة والقوانين والمراسيم واللوائح الجاري بها العمل. أنظر خوادجية حنان، قيود الملكية العقارية الخاصة، الرسالة المذكورة، ص 24 و26 و30 وما بعدهما.

[2] - المحكمة العليا، غ.م، 1997/06/25، ملف رقم 148810، م.ق، 1997، العدد1، ص 190.

[3] - أنظر المواد 2 و3 و4 من المرسوم التنفيذي رقم 184/93 المنظم لإثارة الضجيج، والمواد 18 و19 و20 و74 و113 من القانون رقم 10/03 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المتكاملة، والمادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 339/98 المتعلق بالمنشآت المصنفة؛ وكذا القانون رقم 09/87 المتعلق بتنظيم حركة المرور.

وراجع بلقاسم دايم، الحماية القانونية للسكينة العامة، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة تلمسان، العدد2، 2004، ص 99 وما بعدها.

السارية المفعول، وهو يدخل تحت حماية القانون إذا أحسن أدائها ؛ ويخرج من هذه الحماية القانونية إذا أهمل أو قصر، وجاز للدولة عندئذ أن ترفع يده عنها بالقوة العمومية.

فقد نصت 22 من الدستور الجزائري الجديد لسنة 2016، على أنه : "لا يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون، ويترتب عليه تعويض عادل ومنصف."[1] كما قضت المادة 16 من دستور 1976 على أن : **الملكية الخاصة غير الإستغلالية مضمونة، وهي جزء لا يتجزأ من التنظيم الإجتماعي الجديد** ؛ كما أكدت المادة 17 من نفس الدستور بأنه : **لا يتم نزع الملكية العقارية الخاصة من أجل المنفعة العمومية إلا في إطار القانون، مقابل تعويض قبلي عادل ومنصف.**

وهو ما تضمنته أيضا المادة 20 و49 من دستور 1989، والمادة 20 و52 من دستور 1996، وكذا المادة 2 من القانون رقم 11/91 المحدد لقواعد نزع الملكية للمنفعة العامة، والمادة 28 من القانون رقم 25/90 المتضمن التوجيه العقاري.

فلا يجوز قانونا، وفقا لأحكام نص المادة 677 من ق.م، حرمان أي شخص من ملكيته العقارية الخاصة جبرا عليه، إلا في الأحوال والشروط والإجراءات التي يقررها القانون، ويكون ذلك مقابل تعويض عادل ؛ غير أنه للإدارة الحق إستثناء في نزع جميع الملكية العقارية أو بعضها، أو نزع الحقوق العينية العقارية للمنفعة العامة، أو الإستيلاء الإداري المؤقت (م 679 إلى 681 من ق.م) مقابل تعويض منصف وعادل عما نال المالك من ضرر بسبب هذا الحرمان.[2] **كما أنه لا يجوز إصدار حكم تأميم الملكية العقارية الخاصة، إلا بنص قانوني،** وبالطريقة التي يرسمها، مقابل تعويض وفقا للقانون.

وفي نفس السياق، **تحظر المصادرة العامة للملكية العقارية الخاصة في القانون الجزائري، إلا وفقا لعقوبة مقررة بمقتضى حكم قضائي نهائي**

---

[1] - القانون رقم 02/16 المؤرخ في 2016/03/06، الجريدة الرسمية، العدد14، لسنة 2016.

[2] - المادة 2 في فقرتها الثانية من القانون رقم 11/91 المؤرخ في 1991/04/27 المتضمن القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، المعدل والمتمم.

صادر من الجهات القضائية المختصة ؛ وهذا حتى لا تتعدى الإدارة على الملكية العقارية الخاصة، أو تتعسف في استعمال صلاحياتها.[1]

وجدير بالتنويه أن الحماية المدنية والجنائية للملكية العقارية الخاصة، من كل إعتداء أو إنتزاع غير شرعي بالقوة أو التهديد أو خفية (أي خلسة)، أو بطريق الغش أو الخداع أو الإحتيال أو التدليس ؛ لا تقتصر على المالك الحقيقي بناء على سند رسمي للملكية مشهر بدائرة التسجيل العيني العقاري، بل إنها تمتد قانونا لتشمل حتى الحائز الفعلي بناء على حيازة قانونية بمفهوم كل من القانون المدني والقانون العقاري.[2]

ب- عدم جواز نزع الملكية العقارية الخاصة إلا وفقا للمصلحة العامة

الملكية العقارية الخاصة لها حرمتها في القانون الجزائري، ومن ثم تتكفل الدولة برعايتها وحمايتها (La protection de la propriété privée)، وهي حماية قانونية دستورية، فهي من الضمانات القانونية لحماية الملكية، باعتبارها حق من حقوق الإنسان والمواطن الأساسية.

إن نزع ملكية عقارات أو حقوق عينية عقارية من أجل المنفعة العمومية، يعد وفقا لأحكام المادة 677 من ق.م، والمادة الثانية في فقرتها الثانية من القانون رقم 11/91 **طريقة إستثنائية لإكتساب أملاك الدولة أو حقوق عقارية، حتى ولو كانت إستعجالية**، تفي بحاجة المشاريع الكبرى ذات المنفعة العامة ؛[3] فلا يكون النزع ممكنا في القانون الجزائري

---

[1]- **د. حمدي باشا عمر**، حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هومه، الجزائر، 2004، ص 75 وما بعدها؛ **د. عبد الرحمن خلفي**، الحماية الجنائية للملكية العقارية الخاصة، ضمن كتابه المعنون: "أبحاث معاصرة في القانون الجنائي المعاصر، دار الهدى، الجزائر، 2014، ص 127 وما بعدها.

[2] - المادة 386 من ق.ع.

"من المقرر قانونا أنه تقوم جنحة الإعتداء على العقار المملوك للغير، وفقا لنص المادة 386 من ق.ع، بمجرد إنتزاع العقار خلسة أو بطريق التدليس ؛ وذلك بغض النظر عن أمر ثبوت الملكية العقارية من عدمه الذي يرجع الفصل فيه للجهات القضائية المختصة...".

أنظر **المحكمة العليا**، غ.ج.م، 2000/07/26، ملف رقم 203504 ؛ 1999/06/23، ملف رقم 188480 ؛ 1995/05/21، ملف رقم 117996 ؛ 1991/11/05، ملف رقم 75919 ؛ 1990/05/15، ملف رقم 448 ؛ 1988/02/02، ملف رقم 70 ؛ وراجع لاحقا الحيازة كسبب من أسباب كسب الملكية.

[3]- **مقداد كورغلي**، نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، المجلة القضائية، 1999، العدد2، ص 36 وما يليها ؛ **موسى بودهان**، النظام القانوني لنزع الملكية من أجل المنفعة العامة، المرجع المذكور،

(L'expropriation pour cause d'utilité publique)، إلا إذا أدى إنتهاج الوسائل الأخرى إلى نتائج سلبية، بتطبيق الشروط والقواعد والإجراءات النظامية المسبقة التي تحدد كيفية نزع الملكية للمنفعة العامة لدواعي الصالح العام ومتطلبات المرفق العام، بقرار صادر من الجهة الإدارية المختصة، مقابل تعويض قبلي عادل ومنصف.[1]

ولا يمكن أن تكون الإستثمارات الأجنبية المنجزة، وفقا للإصلاحات القانونية الجديدة، محل نزع للملكية للمنفعة العامة، طبقا للمادة 16 من الأمر رقم 03/01 المؤرخ في 2001/08/20 المتعلق بتطوير الإستثمار،[2] وكذا المادة 40 من المرسوم التشريعي رقم 12/93 المؤرخ في 1993/10/05 المتضمن تشجيع وترقية الإستثمار،[3] **إلا في الأحوال المنصوص عليها في التشريع المعمول به، مقابل تعويض عادل ومنصف**، عملا بأحكام القانون القانون رقم 11/91 المؤرخ في 1991/04/27 ؛ وهذا لتجنب إثارة مخاوف المستثمر الأجنبي، وتشجيعه وتحفيزه لخلق المناخ الملائم للإستثمار ومن تم توسيع حظوظ الدولة في إستقطاب رؤوس الأموال الأجنبية في الجزائر. وهي من الضمانات القانونية الممنوحة للمستثمر الأجنبي ضد نزع ملكيته أو مصادرتها، باعتبارها أحد أهم عوائق الإستثمار الأجنبي.[4]

ص 18 وما بعدها : **أحمد رحماني**، نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، مجلة إدارة، 1994، العدد2، ص 8.

[1] - المادة 1 و2 و3 و21 من قانون 11/91 المتعلق بنزع الملكية للمنفعة العمومية.
راجع قرارات **المحكمة العليا**، غ.إد، 1998/04/13، ملف رقم 157362، م.ق، 1998، العدد1، ص 188 : 1998/10/28، ملف رقم 182360، م.ق، 1999، العدد1، ص 81 : 1998/04/13، ملف رقم 157362، م.ق، 1998، العدد1، ص 198 : 1994/07/24، ملف رقم 117973، م.م، 2002، العدد1، ص 73 : 1990/04/07، ملف رقم 71121، م.ق، 1991، العدد4، ص 238 : 1984/05/26، ملف رقم 63595، م.ق، 1984، العدد1، ص 192.

[2] - الجريدة الرسمية، العدد47، مؤرخة في 2006/07/19.

[3] - الجريدة الرسمية، العدد64، لسنة 1993.

[4] - أنظر حسين نوارة، الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر، رسالة دكتوراه، جامعة تيزي وزو، ص 2013، ص 77 ما بعدها : **لعماري وليد**، الحوافز والحواجز القانونية للإستثمارات الأجنبية في الجزائر، رسالة ماجستير في قانون الأعمال، جامعة الجزائر، 2011، ص 20 وما يليها : د. بطوح بلعيد، معوقات الإستثمار في الجزائر، مجلة إقتصاديات شمال إفريقيا، جامعة شلف، العدد4، 2006 : **د. جبار محفوظ**، فرص الإستثمار في سوق رؤوس الأموال الجزائرية، مجلة العلوم الإقتصادية وعلوم التسيير، العدد1، 2001، ص 108 وما بعدها.

أولا : شروط نزع الملكية للمنفعة العامة

وهي القيود والإجراءات الإستثنائية والإلتزامات القانونية المفروضة على الإدارة لنزع الملكية العقارية الخاصة، الواجب مراعاتها واتباعها لنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية ؛ وهي القواعد الواردة في القانون رقم 11/91 المؤرخ في 1991/04/27،[1] والمتمم المرسوم التنفيذي رقم 186/93 المؤرخ في 1993/07/27،[2] والمرسوم التنفيذي رقم 248/05 المؤرخ في 2005/07/10،[3] وكذا بالمرسوم التنفيذي رقم 202/08 المؤرخ في 2008/05/19،[4] التي بينت كيفية تطبيق القانون رقم 11/91.

وعلى هذا، **لا يجوز نزع الملكية العقارية الخاصة المبنية وغير المبنية، إلا من أجل المنفعة العامة** (L'utilité publique)، **لتنفيذ مشروع عمومي معتمد**، تحقيقا لأهداف التهيئة العمرانية والتعمير والتخطيط، وتنفيذ العمليات الكبرى المتعلقة بالمصالح العامة لإنشاء تجهيزات ومنشآت جماعية وأعمال كبرى ذات المنفعة العمومية ؛[5] كالمستشفيات والمدارس والطرق والمناطق الصناعية والسكك الحديدية وخطوط الترام والمساجد ومصالح البريد والكهرباء والغاز والمياه وإنجاز السكنات والمرافق العمومية... ؛ **وفقا للأحوال والشروط والقواعد والإجراءات النظامية المنصوص عليها قانونا**، بقرار إداري صادر من الجهة المختصة صاحبة الصلاحية بنزع الملكية للمنفعة العامة (كالوزارات، والولايات، والبلديات والأجهزة ذوات الشخصية المعنوية العامة المختصة...) ؛ بشرط إستنفاذ جميع الوسائل الأخرى، لأن النزع هو طريق إستثنائي، **على أن يعوض المالك تعويضا منصفا وعادلا**.[6]

---

[1] - الجريدة الرسمية لسنة 1991، العدد 21.
[2] - الجريدة الرسمية لسنة 1993، العدد 51.
[3] - الجريدة الرسمية لسنة 2005، العدد 48.
[4] - الجريدة الرسمية لسنة 2008، العدد 39.
[5] - المادة 2/2 من القانون رقم 11/91 المذكور ؛ **المحكمة العليا**، غ.إد، 1998/02/23، ملف رقم 157362، م.ق، 1998، العدد1، ص 190.
[6] - المادة 20 من دستور 1996 و2 /2 من القانون رقم 11/91 المذكور ؛ **مجلس الدولة**، 2007/04/11، ملف رقم 031027، م.م.د، 2009، العدد2، ص 82 ؛ **المحكمة العليا**، غ.إد، 1998/02/23، ملف رقم 157362، المشار إليه.

ومن ثم، يستوجب مراعاة وضمانا لحق الملكية العقارية الخاصة في القانون الجزائري، أن يقوم مبرر قانوني لنزع الملكية يخدم المنفعة العمومية، وأن تتبع الإجراءات القانونية المتعلقة بنزع الملكية، سواء في المرحلة التحضيرية أو الإجرائية، ومنها على الخصوص ما يلي :

1- قرار التصريح بالمنفعة العمومية للعملية المراد إنجازها، مسبوقا بتحقيق تقوم به لجنة مختصة، يرمي إلى إقرار وجود هذه المنفعة العامة من عدمها، باعتبارها المبرر القانوني لنزع الملكية، من طرف لجنة تتكون من 3 أشخاص معينين من قائمة وطنية تعد سنويا ؛ وضرورة نشر هذا قرار التصريح بالمنفعة العامة وفقا لما يتطلبه القانون، وتبليغه وجوبا للمعني أو للمعنيين بالأمر، لإمكانية الطعن في القرار أمام الجهات القضائية المختصة (القضاء الإداري) في أجل أقصاه شهرا من تاريخ تبليغ القرار أو نشره، في حالة تخلف أي إجراء شكلي أو إحدى البيانات الإلزامية [1]؛ وكذا لإمتناع المالك الأصلي عن إقامة أية تحسينات على العقار المطلوب للنزع، أو التصرف فيه قانونيا أو ماديا ؛ وتفصل المحكمة المختصة في الطعن في أجل شهرين إبتداء من تاريخ الطعن.[2]

2- تحديد الأملاك والقطع الأرضية، والحقوق العينية العقارية المطلوب نزع ملكيتها، وهوية المالكين وأصحاب الحقوق العينية الآخرين

راجع عقيلة وناس، النظام القانوني لنزع الملكية للمنفعة العمومية، رسالة ماجستير، جامعة باتنة، 2005، ص 12 وما بعدها ؛ **وعلي جمال**، نزع الملكية العقارية للمنفعة العمومية بين التشريع واجتهاد القضاء الإداري الجزائري، مجلة دراسات قانونية، جامعة تلمسان، العدد2، 2005، ص 74 وما يليها.

[1] - المادة 11 من القانون رقم 11/91.
"من المقرر قانونا أنه يعتبر تبليغ قرار التصريح بالمنفعة العمومية لكل واحد من المعنيين من شروط صحته، ومن ثم يترتب على إنعدام تبليغ القرار بطلان الإجراءات، وفقا للمادة 11 من القانون 11/91". راجع مجلس الدولة، 2007/04/11، ملف رقم 031027، مجلة مجلس الدولة، 2009، العدد2، ص 82 ؛ 2008/11/12، ملف رقم 475823، المجلة نفسها، 2009، العدد1، ص 209 ؛ المحكمة العليا، غ.إد، 1987/02/18، ملف رقم 80812.

[2] - المادة 4 إلى 15 من القانون رقم 11/91 ؛ والمادة 9 من المرسوم التنفيذي رقم 186/93 ؛ والمادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 271/05.
Voir Kadi Hanifi M. Le régime juridique de l'enquete d'utilite publique en matière d'expropriation, Rev.Idara, 2005, Vol 15, N° 29 , p 85 et s.
"يبين القرار المتضمن التصريح بالمنفعة العمومية تحت طائلة البطلان ما يلي: أهداف نزع الملكية المزمع تنفيذه، ومساحة العقارات وموقعها ومواصفاته، ومشتملات الأشغال المزمع القيام بها، وكذا تقدير النفقات التي تغطي عمليات نزع الملكية." راجع المادة 10 من قانون 11/91.

المطلوب نزع ملكيتهم للمنفعة العامة، في مخطط نظامي للأراضي والبناءات المطلوب نزع ملكيتها، ويبين كذلك بدقة طبيعة العقارات المعنية ومشتملاتها وفقا للجزء المطلوب نزعه، والإعتمادات المالية اللازمة للتعويض القبلي عن الأملاك المطلوب نزعها.[1]

3- تقرير تقييم الأملاك والحقوق العقارية المطلوب نزع ملكيتها، تعده مصالح إدارة الأملاك الوطنية؛ بأن يكون مبلغ مبلغ التعويض عن نزع الملكية عادلا ومنصفا، حسب القيمة الحقيقية للأملاك المراد نزعها.[2]

4- صدور القرار الإداري عن الجهة المختصة المتعلق بقابلية التنازل عن الأملاك المطلوب نزع ملكيتها، تحقيقا لدواعي الصالح العام، وتحديد الملاك الذين لهم الحق في التعويض، وبيان مبلغ التعوض؛ بناء على تقرير التعويض الذي تعده مصالح إدارة الأملاك الوطنية، ويبلغ هذا القرار إلى كل واحد من الملاك أو ذوي الحقوق العينية أو المنتفعين.[3]

5- وأخيرا إصدار القرار الإداري الخاص بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، لإتمام صيغة نقل الملكية، إذا لم يقدم أي طعن خلال المدة المحددة قانونا، إذ يستوجب عندئذ صدور القرار القضائي النهائي لصالح نزع الملكية؛[4] على أن يعوض المالك مقدما عن ملكه المنزوع تعويضا عادلا منصفا، قبل إجراء عملية النزع ذاتها؛ ويشمل التعويض قانونا ثمن العقار الحقيقي وقت النزع، وفقا للأسعار المعمول بها أثناء النزع، وكذا الأضرار التي لحقت بصاحب العقار، لأن النزع ههنا يتم بدون رضاه وجبرا عليه لعقار تتعلق به مصالحه المختلفة.[5]

---

[1] - المادة 16 إلى 19 من القانون رقم 11/91.

[2] - المادة 20 إلى 22 من القانون رقم 11/91.

[3] - المادة 23 إلى 28 من القانون رقم 11/91.

[4] - المادة 29 إلى 30 من القانون رقم 11/91.

[5] - المادة 1 و21 من القانون رقم 11/91 ؛ **مجلس الدولة**، غ2، ق1، 2006/07/12، ملف رقم 29055، ن.ق، العدد61، ج1، ص 389 ؛ 2003/12/16، ملف رقم 012419، م.م.د، 2004، العدد5، ص 192.

راجع في هذا الخصوص: **أحمد رحماني**، نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، الندوة الوطنية للقضاء العقاري، وزارة العدل، د.م.ا.ت، 1995 ؛ **موسى بودهان**، النظام القانوني لنزع الملكية من أجل

ومن المعلوم أن **نزع الملكية الخاصة للمنفعة العمومية لا يخص قانونا إلا العقارات المبنية وغير المبنية**، وإن قيدت هذه العقارات بقيد إتفاقي، كالشرط المانع من التصرف ؛ غير أنه لا يجوز للإدارة الإستحواذ على العقار ونزع ملكيته المادية من صاحبه لمنفعة خاصة.

ثانيا : كيفية التعويض عند نزع الملكية للمنفعة العامة

نصت المادة 21 من القانون رقم 11/91 على أنه : "**يجب أن يكون التعويض عن نزع الملكية عادلا ومنصفا**، بحيث يغطي كل ما لحق المالك من ضرر وما فاته من كسب.

ويحدد هذا المبلغ حسب القيمة الحقيقية للأملاك، تبعا لما ينتج من تقييم طبيعتها أو مشتملاتها أو عن استعمالها الفعلي من قبل مالكيها وأصحاب الحقوق العينية الآخرين أو من قبل التجار والصناع والحرفيين. **وتقدر هذه القيمة الحقيقية في اليوم الذي تقوم فيه مصلحة الأملاك الوطنية بالتقييم**. غير أنه **لا تدخل في الحسبان التحسينات من أي نوع، ولا أية معاملة تجارية تمت أو أبرمت قصد الحصول على تعويض أرفع ثمنا**."

وعلى هذا، لا ينزع ملك أحد في القانون الجزائري بلا سبب شرعي نظامي، فلا يجوز للإدارة قانونا الإستحواذ على العقار ونزع ملكيته لمنفعة خاصة، أو بدون إتباع الإجراءات المتعلقة بنزع الملكية للمنفعة العمومية.[1]

ومن ثم، **يكون نزع الملكية للمنفعة العامة مقابل تعويض عادل ومنصف**، وفقا لأحكام للقوانين والأنظمة الجاري بها العمل ؛ ويحدد مبلغ التعويض المستحق مقابل نزع الملكية من أجل المنفعة العامة حسب **القيمة الحقيقية المعطاة للعقار المنزوع وقت النزع النهائي**، عن الأراضي والمباني والأشجار (وفقا لنوعها وعمرها ونتاجها)، والمزروعات والثمار، إذا تعذر تأخير النزع إلى ما بعد الإنتهاء من الحصاد وقطف الثمار.[2]

المنفعة العمومية، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص 18 وما بعدها ؛ **براهيمي سهام**، التصريح بالمنفعة العمومية في نزع الملكية، الدار نفسها، الجزائر، 2012 ؛ **بوذريعات محمد**، نزع الملكية للمنفعة العمومية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2000 ؛ **عقيلة وناس**، النظام القانوني لنزع الملكية للمنفعة العمومية، رسالة ماجستير، جامعة باتنة، 2005.

1- **المحكمة العليا**، غ.إد، 1998/02/23، ملف رقم 157362، المشار إليه.

2- **بوذريعات محمد**، نزع الملكية للمنفعة العمومية، الرسالة المذكورة، ص 9 وما بعدها.

فقد نص قانون نزع الملكية الجزائري على أنه تنظر الجهة المختصة بقرار التصريح بالمنفعة العمومية، في مسألة تقدير التعويض المقرر لمالك العقار المنزوع للمنفعة العمومية، وفقا للقواعد المنصوص عليها المتعلقة بنزع الملكية في تعويض صاحب العقار محل النزع، بأن يكون **تعويضا عادلا ومنصفا، عما يلحق المالك من أضرار مادية، بصفة قبلية أو مسبقة**، طبقا لمقتضيات المادة 1 و21 من القانون رقم 11/91.[1]

إن تحديد مبلغ التعويض من أجل نزع الملكية للمنفعة العامة، يجب أن يستند على موقع القطعة الأرضية المنزوعة، ومساحتها الإجمالية، وطبيعتها ومشتملاتها، وتاريخ وقوع النزع النهائي، إنطلاقا من الأسعار الحقيقية المعمول بها أثناء عملية النزع؛[2] غير أنه لا يدخل في الحسبان التحسينات من أي نوع، ولا أية معاملة تجارية تمت أو أبرمت قصد الحصول على تعويض أرفع ثمنا.[3]

والحقيقة أن نص المادة 21 من القانون رقم 11/91 المتعلق بنزع الملكية، ما يزال في صياغته القانونية العامة منذ عام 1991، لا يوضح التعويضات الممنوحة للمالك بكل دقة، بأن تشمل في صياغتها **الضرر المباشر المحقق بأكمله، ماديا ومعنويا، بما فيها الأضرار المستقبلية** شريطة أن تكون قابلة التقويم في الحال؛ لأن المالك ليس له أن يتحمل وحده عبء المشاريع ذات المنفعة العامة، دون أن يعوض تعويض قبلي عادل ومنصف عملا بأحكام الدستور، عن كل ما لحقه من ضرر وما فاته من كسب من جراء نزع ملكيته الخاصة، بما في ذلك الأضرار المعنوية، كارتباطه بالحي أو المدينة أو بأرض العائلة والأجداد؛ فلا يجوز للإدارة أن تحصل على العقارات بثمن بخس من أجل تنفيذ مشاريعها.[4]

---

[1] - المادة الأولى و21 من القانون رقم 11/91.

[2] - مجلس الدولة، غ2، ق1، 2006/11/12، ن.ق، العدد 61، ج1، ص 389.

[3] - المادة 20 من دستور 1989، و52 من دستور 1996، والمادة 21 في فقرتها الرابعة من القانون رقم 11/91.

[4] - فإن المشرع الجزائري لم يحدد شروط الضرر الواجب التعويض عن نزع الملكية بكل دقة في المادة 21 من قانون 11/91، كما فعل المشرع الفرنسي في المادة 2/11 من قانون نزع الملكية الفرنسي الصادر في 1958/10/23.

فإذا وقع خلاف في مبلغ التعويض، وجب أن يحدد هذا المبلغ بحكم قضائي أمام الجهة القضائية المختصة ؛ إلا أن تحديد مبلغ التعويض يجب أن لا يشكل بأي حال، مانعا لحيازة الأملاك المنتزعة للمنفعة العامة.[1]

ثالثا : رقابة القضاء في مجال نزع الملكية العقارية

يعد القضاء الإداري دون سواه، من المحاكم الإدارية كجهة إبتدائية، ومجلس الدولة كجهة إستئناف، **هو القضاء المختص بالفصل في المنازعات الإدارية** (م 14 من القانون 11/91، و800 من القانون رقم 09/08 المتضمن ق.إ.م.إ)، [2] بما في ذلك الطعن في القرار الإداري المتعلق بنزع الملكية، وكذا **النظر في جميع منازعات وإشكالات نزع الملكية العقارية الخاصة من أجل المنفعة العمومية**، ومنها أيضا الفصل في الدعوى المتعلقة بتحديد التعويض طبقا للمرسوم 02/86 المؤرخ في 1986/01/07 المحدد لكيفيات حساب أسعار شراء البلديات للأراضي التي تدخل في إحتياطاتها العقارية، وكذا المرسوم 271/93 المتضمن كيفية تقييم الأملاك المبنية والغير المبنية، في حالة نزع الملكية للمنفعة العامة، بعد تبليغ جميع القرارات للمعني أو للمعنيين بالنزع خلال المدة المنصوص عليها قانونا.[3]

انظر **بوذريعات محمد**، نزع الملكية للمنفعة العمومية، الرسالة المذكورة، ص 68 ؛ **خوادجية حنان**، قيود الملكية العقارية الخاصة، الرسالة المذكورة، ص 80 ؛ **حسين نوارة**، الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر، رسالة دكتوراه، جامعة تيزي وزو، 2013، ص 77 و93 وما بعدهما.

[1] - **مجلس الدولة**، 2007/07/11، ملف رقم 034671، م.م.د، 2009، العدد2، ص 86.

لا يمكن للطعون التي يقدمها المعنيون للعدالة أن توقف، بأي حال من الأحوال، تنفيذ إجراءات الحيازة الفورية. المادة 12 مكرر1 من القانون رقم 21/04 المؤرخ في 2004/12/29 المتضمن قانون المالية لسنة 2005.

[2] - المادة 7 من **ق.إ.م.إ الجديد** ؛ وكذا القانون العضوي رقم 01/98 المؤرخ في 1998/05/30، المتعلق بالمحاكم الإدارية ؛ وكذا القانون رقم 01/98 المؤرخ في 1998/05/30، المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله (راجع **الجريدة الرسمية**، العدد37، لسنة 1998).

"من المقرر قانونا أنه تختص الجهات القضائية الإدارية هي وحدها بالفصل في جميع القضايا التي تكون الإدارة طرفا فيها."

راجع **محكمة التنازع**، 2008/12/21، ملف رقم 73، م.م.ع، 2009، عدد خاص، ص 263 وما بعدها ؛ 2011/05/16، ملف رقم 107 و108 و111، م.م.ع، 2011، العدد2، ص 382 و383 و387.

[3] - "من المقرر قانونا أن دعوى المنازعة في نزع الملكية من أجل المنفعة العامة من اختصاص القضاء الإداري...".

مجلس الدولة، الغرف المجتمعة، 2003/07/22، ملف رقم 008247، م.م.د، 2003، العدد4، ص 64 ؛ **المحكمة العليا**، غ.ع، 2008/11/12، ملف رقم 475823، م.م.ع، 2009، العدد1، ص 209 ؛ 1998/12/16، ملف رقم 202986، م.ق، 1998، عدد2، ص 47.

ومن ثم، نصت المادة 33 من القانون رقم 11/91 صراحة على أن : "كل نزع للملكية يتم خارج الحالات والشروط التي حددها القانون، يكون باطلا وعديم الأثر"، ويعد بالتالي إجراءات نزع الملكية، وتجاوزا يترتب عنه التعويض المحدد عن طريق القضاء ؛ فضلا عن العقوبات الجزائية التي نصت عليها الأنظمة المعمول بها.

وهو ما أشار إليه مجلس الدولة في قرار مشهور مؤرخ في 2007/04/11، ملف رقم 031027، من أن شرعية قرار التصريح بالمنفعة العامة في حالة نزع الملكية للمنفعة العمومية، تخضع إلى إستيفاء شرط تبليغه للمعنيين تحت طائلة البطلان، طبقا لأحكام المادة 11 من القانون 11/91 المؤرخ في 1991/04/27 المتضمن قواعد نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية ؛ الأمر الذي يجعل القرار محل الطعن باطلا."[1]

وعلى كل، فإن فكرة المنفعة العمومية ذات أهمية بالغة، باعتبارها شرط قانوني أساسي لإجراء نزع الملكية العقارية الخاصة، فهي من أهم القيود التي تهدف إلى حماية الملكية العقارية الخاصة ؛[2] لكنها ما تزال فكرة مرنة وغير محددة، ذات أساس مطاط يصعب تحديد مضمونها ومعالمها ؛ باعتبارها المصلحة العامة التي تقدرها الدولة حسبما تراه في إطار سلطتها التقديرية ؛ فهي التي تحدد قانونا متى وإلى أي حد يمكن اللجوء إليه، وقد وردت في القانون الجزائري على سبيل المثال.[3]

أنظر د. **عمار عوابدي**، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، د.م.ج، ج2، ط2، 2003، ص 242 وما بعده ؛ **لعشاش محمد**، إشكالات نزع الملكية للمنفعة العمومية في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة تيزي وزو، بدون ذكر السنة ؛ **حمدي باشا عمر**، مبادئ القضاء العقاري، دار هومه، الجزائر، 2003، ص 298 وما بعدها ؛ **قاسم عبد القادر**، دور القاضي الإداري في حماية الحقوق والحريات الأساسية، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، الجزائر، العدد1، المجلد10، 2000، ص 38 وما يليها.

[1] - أنظر **مجلس الدولة**، 2007/04/11، ملف رقم 031027، مجلة مجلس الدولة، 2009، العدد2، ص 82 ؛ 2008/11/12، ملف رقم 475823، المجلة نفسها، 2009، العدد1، ص 209.

[2] - **حمدي باشا عمر**، المرجع المذكور، ص 304 إلى 307.

[3] - أنظر **براهيمي سهام**، فكرة المنفعة العمومية في نزع الملكية، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، 2013، العدد55، ص 388 ؛ **حسين نوارة**، الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي، رسالة دكتوراه المذكورة، ص 82 وما بعدها.

وعلى هذا فإن أمر تحديدها وضبطها يخضع لا محالة لرقابة القاضي الإداري، حيث تسند له مهمة التحقيق في وجودها أو عدمها لشرعية قرار التصريح بالمنفعة العامة ؛ وكذا مهمة إيجاد التوازن الحقيقي بين الطرفين، بالتوفيق بين مصالح الإدارة الساعية لتحقيق النفع العام، ومصالح المالك المنزوع ملكيته.[1]

ومن ثم، يقتصر دور القاضي الإداري في المنازعات الناجمة عن قرار نزع الملكية العقارية الخاصة للمنفعة العمومية، على مراقبة المشروعية ومدى إحترام الإدارة للقواعد الشكلية والشروط التي فرضها القانون، ومراقبة كل تجاوز للسلطة أو إنحراف أو خرق للإجراءات التي سطرها القانون ؛[2] ولا يمتد إلى الملاءمة، فللإدارة سلطة تقديرية في تقدير مناسبة القرار الإداري بنزع الملكية للنفع العام، ومدى ملاءمته لدواعي حسن سير الإدارة، ومدى تحقيق تحقيق الأهداف المصرح بها عن المنفعة العامة.[3]

رابعا : الإستيلاء الإداري المؤقت للعقارات الخاصة

يجوز للإدارة وفقا للمواد 679 إلى 681 من ق.م،[4] في الظروف الطارئة والأحوال الإستثنائية الإستعجالية، الحق في الحصول على عقارات تابعة

---

[1] - **ليلى زروقي**، دور القاضي الإداري في مراقبة مدى إحترام الإدارة للإجراءات المتعلقة بنزع الملكية الخاصة للمنفعة العمومية، مجلة مجلس الدولة، 2003، العدد3، ص 13 وما بعدها ؛ **العربي زروق**، التطور القضائي لمجلس الدولة الفرنسي في رقابة السلطة التقديرية للإدارة ومدى تأثر القضاء الجزائري بها، المجلة نفسها، 2006، العدد8، ص 121 وما بعدها ؛ **أراثن عبد الله**، دور القاضي الإداري في مجال نزع الملكية للمنفعة العمومية، رسالة ماحستير، جامعة تيزي وزو، 2007 ؛ **لبابيش سهيلة**، رقابة القاضي الإداري على إجراءات نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2008، ص 49 و63 وما يليها.

[2] - **المحكمة العليا**، غ.إد، 1995/04/30، ملف رقم 116673 ؛ 1993/01/17، ملف رقم 32119 ؛ 1992/05/24، ملف رقم 91487 ورد ذكرها في القضاء العقاري في ضوء القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا، دار هومه، الجزائر، 2003، **للأستاذ حمدي باشا عمر**، ص 306 و307.

[3] - **المحكمة العليا**، غ.إد، 1990/04/21، ملف رقم 66960، م.ق، 1992، العدد2، ص 158. راجع **حمدي باشا عمر**، مبادئ القضاء العقاري، المرجع المذكور، ص 307 ؛ **زروق ليلى**، دور القاضي الإداري في مراقبة مدى إحترام الإدارة للإجراءات المتعلقة بنزع الملكية الخاصة للمنفعة العمومية، البحث المذكور، ص 18 و19 ؛ **وعلي جمال**، نزع الملكية العقارية للمنفعة العمومية بين التشريع واجتهاد القضاء الإداري الجزائري، البحث المذكور، ص 83 و89 ما يليها.

[4] - المعدلة بالقانون رقم 14/88 المؤرخ في 1988/05/03.

للأفراد، من أجل المصلحة العامة، عن طريق وضع اليد المؤقت على العقارات الخاصة المبنية غير السكنية، عن طريق ما يسمى بـ "الإستيلاء الإداري المؤقت" (la réquisition)، مع دفع التعويض المستحق العادل لمالك العقار، وإصلاح الأضرار الناتجة عن ذلك.

ويمكن للإدارة قانونا في حالات الطوارئ والإستعجال، أن تتفق مع أصحاب العقارات الخاصة بالتراضي للحصول على هذه العقارات مؤقتا لتلبية حاجات البلاد، ضمانا لحسن سير المرافق العمومية، مقابل تعويض عادل.

ويتم تنفيذ وضع اليد المؤقت جبرا بالقوة العمومية بطريقة إدارية، في حالات الضرورة (circonstances exeptionnelles d'urgence)، حتى تنتهي الظروف الإستعجالية الطارئة (كالحرب أو الزلزال أو الفيضان أو البركان، أو تفشي الأوبئة...)، عند لزوم العقار لخدمة المرافق العامة وعدم وجود بديل سواه، لضمان حسن سير وإستمرارية مشروع النفع العام للمتضررين، والمرافق العمومية، **وفقا للشروط والأحوال والإجراءات النصوص عليها في الأنظمة المعمول بها** (المواد 679 إلى 681 من ق.م المعدلة بالقانون رقم 14/88، و20 إلى 24 من نظام نزع الملكية العقارات للمنفعة العامة).

ولا يمنع الإستيلاء الإداري المؤقت على عقار أحد الأفراد، من اتخاذ إجراءات نزع الملكية للمنفعة العامة، لأنه حيث يتعارض حق الملكية مع مصلحة عامة، فالمصلحة العامة هي التي تقدم قانونا، عند قيام المبرر القانوني لذلك، وأن يعوض المالك مقدما عن ملكه كما رأينا في نزع الملكية؛ وإن كان الإستيلاء يرد على الإنتفاع بالعقار لمدة محددة فقط لحين إنتهاء حال الطوارئ والإستعجال.[1]

فإنه يتم وفقا لنص المادة 679 من ق.م المعدلة بالقانون رقم 14/88 **"الحصول على الأموال والخدمات لضمان سير المرافق العمومية بإتفاق**

---

[1]- انظر سماعين شامة، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، دار هومه، الجزائر، 2004، ص 228؛ خوادجية حنان، قيود الملكية العقارية الخاصة، رسالة الماجستير المذكورة، ص 83؛ حسين نوارة، الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر، رسالة دكتوراه المذكورة، ص 53 و86 ما بعدها.

رضائي، وفق الحالات والشروط المنصوص عليها في القانون." وعليه إذا تعذر الإتفاق مع المالك على ذلك، أو انتفت شروط الإستيلاء ومبرراته، فإنه يخلى العقار طبقا لأحكام المادة 679 من ق.م ؛ وذلك لأنه حيث يتعارض حق الملكية مع مصلحة خاصة، فهي التي تقدم بعد دفع تعويض عادل للمالك.

وعلى ذلك، لا يجوز للإدارة مباشرة الإستيلاء الإداري للعقار الخاص، إلا بعد صدور قرار الإستيلاء من الجهة الإدارية المختصة بأمر كتابي (L'ordre de la réquisition)، وتحديد الغرض الذي تم من أجله بصفة فردية أو جماعية،[1] كما تحدد المدة القصوى للخدمة والإستيلاء المؤقت، بحيث يعود العقار لمالكه بعد إنتهاء الظروف الإستثنائية غير العادية ؛[2] وتقدير التعويضات العادلة المنصفة المستحقة لمالك العقار، تحت طائلة البطلان المطلق للإستيلاء الإداري (م 680 و681 و681 مكرر1 و2 و3 من ق.م المعدلة بالقانون رقم 14/88).

ومن ثم، يعد تعسفيا من الناحية القانونية، كل إستيلاء يتم خارج نطاق الحالات والشروط والإجراءات القانونية المحددة (م 679 و381 مكرر3 من ق.م).[3] فلا يجوز الإستيلاء بأي حال، على العقارات السكنية المخصصة فعلا للسكن، عملا بأحكام المادة 679 من ق.م المعدلة عام 1988[4].

ويحدد التعويض بالتراضي بإتفاق الأطراف، وفي حالة عدم الإتفاق يحدد المبلغ عن طريق القضاء، مع مراعاة ظروف وغرض الإستيلاء ومدته، والأضرار التي لحقت بصاحب العقار محل الإستيلاء الإداري (م 681 مكرر 2 من ق.م المعدلة بالقانون رقم 14/88).[5]

---

[1] - المادة 680 من ق.م المعدلة بالقانون رقم 14/88 المؤرخ في 1988/05/03.

[2] - راجع د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج8، ص 492 وما بعدها.

[3] - أنظر د. حقي بريوتي، الرقابة على أعمال السلطة القائمة على حال الطوارئ والإستعجال، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981 ؛ د. خالد عبد الحميد، الإستيلاء الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بني سويف، جامعة القاهرة، د.ت.

[4] - المادة 3/679 من ق.م المعدلة بالقانون رقم 14/88 المؤرخ في 1988/05/03.
"من المقرر قانونا أنه لا يجوز الإستيلاء بأي حال على المحلات المخصصة فعلا للسكن، ومن ثم فإن القرار الإداري الصادر من والي ولاية عنابة المتضمن الإستيلاء على سكن غير شاغر يعد مشوبا بعيب خرق القانون ؛ ومتى كان كذلك إستوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه."
أنظر المحكمة العليا، غ.م، 1982/07/12، ملف رقم 42136، م.ق، 1990، العدد4، ص 168.

[5] - ويكون القضاء الإداري هو المختص بالفصل في المنازعات الناشئة عن قرار الإستيلاء الإداري المؤقت.

5- خصائص حق الملكية :

إن حق الملكية هو الحق العيني الكامل كما ذكرنا، يخول لمالك الشيء وحده في حدود القانون، حق إستعماله واستغلاله والتصرف فيه ؛ فهو حق مقصور على صاحبه، وهو حق دائم أيضا حتى يهلك الشيء أو يتلف، غير أن الملكية لم تعد حقا ذاتيا مطلقا في القوانين الجزائرية كما أسلفنا ؛ ولكن لها وظيفة إجتماعية، لأنه لا ينبغي أن تقف الملكية حجر عثرة في سبيل تحقيق المصلحة العامة.[1]

ومن ثم، يتبين لنا من مفهوم حق الملكية، أنه ينفرد بخصائص قانونية ؛ وهي كونه : حق مانعا، وجامعا، ودائما. وهو ما نوضحه فيما يلي :

أ- حق مانع :

أي أن حق الملكية هو حق إستئثاري في أساسه، **يكون مقصورا على صاحبه دون غيره**، وهو المالك الشرعي الذي له هذه الصفة، نافذا تجاه الناس كافة. فلا يجوز لأحد أن يشاركه في ملكه دون رضاه، أو يتدخل في شؤون ملكيته دون إذنه ؛ ومن هذا يبرز أهم خصائص حق الملكية وهو كونه **حقا عينيا مانعا مقصورا على صاحبه**. فالملكية حق ذاتي، وهذه الذاتية تعتبر من أهم مقوماته، بل هي من أهم خصائصه القانونية البارزة (Le caractère exclusif du droit de propriété, prolonge son caractère absolu qui écarte le partage, le propriétaire exerce seul un droit complet sur son bien).[2]

فلمالك الشيء وحده دون غيره، وفقا لنص المادة 674 من ق.م سلطات حق الملكية الممكنة قانونا، بأن ينتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها ونتاجها ؛ ويتصرف في عينها بجميع التصرفات القانونية الجائزة، ويستأثر بجميع مزايا ملكه على وجه دائم، دون تدخل من الغير ؛ فيمنع الآخرين من مشاركته في التمتع بهذه المزايا، ولو لم يلحقه من هذه المشاركة ضرر

---

[1] - مما يستوجب أن يتقيد المالك في استعماله للشيء المملوك بالقيود التي يفرضها عليه القانون.

[2] - Cass.Ass.Plé, 23/06/1992, JCP, 1993, 2, 17331, Concl. Lindon.

ما.[1] كما أنه يتمتع بالحماية القانونية المدنية والجزائية ضد كل تعدي على ملكيته، ولو كان بسيطا مع حقه في التعويض ؛[2] كمنع الغير من لصق الإعلانات الإشهارية على حائط مملوك له إلا بإذنه وموافقته، وله منع أية منافسة غير مشروعة صادرة عن الغير بالتعدي على ملكيته.[3]

ويترتب على الطبيعة المانعة لحق الملكية : أن مالك الشيء الأصل فيه هو صاحب السلطات التي يخولها القانون عليه دون مشاركة من أحد، وعلى من يدعي العكس أن يقيم الدليل القانوني على ذلك، كصاحب حق الإنتفاع أو الإرتفاق أو الشريك في الشيوع.

ولكن يتم هذا، بطبيعة الحال في حدود **القيود النظامية التي ترد على حق الملكية، بمقتضى القانون أو الاتفاق، تفاديا لمشكلات إطلاق الحق أو تقييده** ؛ كعدم تعسف المالك في استعمال حقه ؛[4] وعدم ممارسة سلطاته بصورة تتعارض مع مصلحة الجماعة أو المصلحة الخاصة لغيره من الأفراد (م 674 و690 و691 من ق.م) ؛ ومن ذلك جواز نزع الملكية للمنفعة العامة لقاء تعويض عادل للمالك (م 677 من ق.م، و2 من القانون رقم 11/91 المحدد لقواعد نزع الملكية للمنفعة العمومية، و28 من القانون رقم 25/90 المتضمن التوجيه العقاري).[5]

وكذا ما يفرضه القانون الجزائري على المالك على تحمل مشاركة الغير في بعض سلطاته، كما هو الحال في حق المرور الثابت للبعض على

---

[1]- فهو حق مقصور على المالك في تمتعه بملكه، وهو حق الإستئثار المانع لغيره من مشاركته لتلك المنافع والمزايا، التي بمكن إستخلاصها من الشيء المملوك، دون تدخل من الغير ؛ فلا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه.

Voir Cornu (G), Droit civil, Introduction, Les personnes, Les Biens, 13° éd, Montchrestien, Paris, 2007, N° 1035 et s.

ويترتب على ذلك أنه إذا حاول أحد الأشخاص الإنتفاع بالشيء المملوك، كان للمالك صلاحية منعه من ذلك بالوسائل القانونية، مهما يكن هذا التعدي بسيطا. أنظر **نقض مدني مصري**، 1999/02/04، طعن رقم 2054، لسنة 62 ق.

[2]- **نقض مدني فرنسي**، 1، 1964/01/20، Sem.Jur، 2،1965، 140335، تعليق أ. أو بتي Oppetit.

[3]- **محكمة تمييز دبي**، 2009/09/29، طعن رقم 2004/8، م.ف، 15، ج1، ص 1543.

[4]- **المحكمة العليا**، غ.م، 1997/06/25، ملف رقم 148810، م.ق، 1997، العدد1، ص 190 ؛ 1985/05/29، ملف رقم 33909، م.ق، 1992، العدد4، ص 22.

[5]- **د. فاضلي إدريس**، نظام الملكية ومدى وظيفتها الإجتماعية في القانون الجزائري، ص 211 وما بعدها.

أرض الغير ؛ وكما هو الشأن في ما يوجبه المشرع على الجار في ألا يتجاوز مضار الجوار المألوفة، وعدم فتح مطل على جاره إلا على مسافة معينة حددها القانون (م 691 و693 إلى 712 من ق.م) ؛[1] **فللمالك بنص القانون أو بالإتفاق أن يتنازل برضاه للغير عن بعض سلطاته**، كأن ينشىء له حق انتفاع أو حق مرور أوحق ارتفاق من المجرى أو المسيل على ملكه وهكذا (م 844 إلى 881 من ق.م).[2]

ويجوز قانونا أن يكون الشيء مملوكا لأكثر من شخص واحد في آن واحد، **كالملكية المشاعة** لشخصين أو أكثر، بين عدد من الشركاء على الشيوع، كأن تكون عمارة أو أرض مملوكة على الشيوع الإرادي أو الإجباري، حيث يملك كل شريك حصة في الملك الشائع على الشيوع (La Propriété indivise) ؛ فتتحدد الملكية بنصيب كل منهم بحصة شائعة حسابية في المال الشائع، أي بسهم شائع كالنصف أو الثلث أو الربع... (م 713 و743 وما يليها من ق.م).[3]

فالأصل أنه للمالك وحده الإختصاص بالعين المملوكة، أي يستأثر بالشيء محل الملكية، باستعماله واستغلاله والانتفاع به، أوحتى التصرف فيه، **ومواجهة الكافة لفرض احترام حقه على الجميع** (Opposabilité) ؛ فلا يجوز حرمان أحد من ملكه إلا في الأحوال التي يقررها القانون، وبالطريقة التي رسمها، ووفقا للشروط والإجراءات النظامية، ويكون ذلك مقابل تعويض عادل.[4]

---

[1] - زرارة عواطف، عدم التعسف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة، رسالة ماجستير، جامعة باتنة، 2008، ص 39 و74 وما يليها ؛ ولنفس الكاتب: إلتزامات الجوار في القانون المدني الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2009، ص 54 و101 وما بعدهما.

[2] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2000/04/26، ملف رقم 195764، م.ق، 2000، العدد2، ص 159 ؛ راجع لاحقا قيود الملكية، وكذا الحقوق المتفرعة عن حق الملكية.

[3] - **المحكمة العليا**، غ.م، 1988/03/23، ملف رقم 44808، م.ق، 1990، العدد3، ص 17 ؛ 1991/05/09، ملف رقم 50937، م.ق، 1991، العدد2، ص 32 ؛ راجع لاحقا أحكام الملكية الشائعة وصورها.

[4] - نقض مدني مصري، 1997/07/12، طعن رقم 4338، لسنة 61 ق، س48، ص 1114 ؛ 1995/01/29، طعن رقم 3183، لسنة 60 ق، س 46، ص 260.

ومن ثم، فإن حق الملكية يدخل ضمن الحقوق التي توصف بأنها "حقوق مطلقة" (Droit absolu)، بمعنى أنه لا ينشأ عنه إلا واجب عام يلزم الكافة بالامتناع عن التعرض له أو التعدي على حقه ؛ فيكون للمالك حق التصرف في ملكه بجميع التصرفات الجائزة. فإذا ادعى شخص (أي من الغير) أن له حق قبل المالك (كحق انتفاع أو ارتفاق أو غيرها) ؛ كان عليه إثبات قيام الحق المدعى به أمام القضاء، لأنه يدع بخلاف الأصل قانونا.[1]

ومن هذا المنطلق يرى فقهاء المذهب الفردي، إلى أنه للمالك مطلق الحرية في أن يباشر حق الملكية أو لا يباشره بحسب تقديره ؛ غير أن المذهب الاجتماعي يرى بأن حق الملكية يؤدي وظيفة إجتماعية واقتصادية، لأن الحق ليس غاية في ذاته، بل هو وسيلة لتحقيق مصلحة الجماعة. ومن ثم، فإن ترك المالك لوحده سلطة ممارسة حقه في الملكية، من شأنه أن يعطل أداء تلك الوظيفة الإجتماعية والإقتصادية ؛ ويحد من سلطته في ذلك ما يضعه المشرع من قيود.[2]

ب- حق جامع :

أي أن حق الملكية هو **الحق العيني الكامل الذي ينطوي على أوسع السلطات الممكنة قانونا**، التي يمكن أن تكون للشخص على الشيء، ما دام محل الحق باقيا وموجودا ؛ وهي حق الإستعمال وحق الإستغلال وحق التصرف (م 674 إلى 676 من ق.م)، وعنه تتفرع حقوق عينية أخرى تناولها القانون المدني الجزائري (م 844 إلى 881 من ق.م) ؛ أي بمعنى أن **المالك ينفرد بجمع كل السلطات على الشيء، وبصفة خالية من كل قيد كقاعدة عامة،** بحيث تصبح هذه الصفة للمالك وحده ؛[3] وليس لصاحب أي حق عيني آخر على الشيء كل هذه السلطات، بل لا يكون له إلا بعضها.

---

[1]- نقض مدني مصري، 1995/01/29، طعن رقم 3183، المشار إليه.

[2]- Voir Patault A-M, Introduction historique au droit des biens, Puf, Paris, 1989, p.30 et s.

[3]- حيث لا يجوز مشاركة الغير في التمتع بتلك السلطات دون رضاه. انظر المحكمة العليا، غ.ع، 2002/07/25، ملف رقم 215762 ؛ غير منشور.

ومن ثم يتضح لنا جليا، أن حق الملكية هو من أقوى الحقوق، ولذلك عند مقارنته مع الحقوق الأخرى الوارد في القانون المدني الجزائري، يكون هو الغالب في المقارنة.

وهو ما نصت عليه صراحة المادة 674 من ق.م، من أن : "**الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء، بشرط ألا يستعمل إستعمالا تحرمه القوانين والأنظمة**". وهو ما أشارت إليه أيضا المادة 27 من القانون رقم 25/90 المؤرخ في 1990/11/18 المتضمن التوجيه العقاري.

وهذا هو ما يسمى في الفقه الإسلامي ب"الملك التام"، الذي يقع على العين رقبة ومنفعة واستغلالا، الذي لا يقبل التقيد ولا الإسقاط إلا بمبرر شرعي، وهو يخول لصاحبه جميع الحقوق الشرعية، بما فيها **حق الإستعمال وحق الإنتفاع، وكذا حق التصرف في العين المملوكة** بسائر التصرفات الجائزة شرعا ؛ وتنتهي الملكية التامة بانتقالها إلى غير المالك بأحد أسباب إنتقال الملكية (كالعقود الناقلة للملكية والميراث والوصية والشفعة...).[1]

فإن حق الملكية قوامه أساسا ثلاث سلطات جامعة لا توجد في أي حق عيني آخر، وهي : **سلطة الاستعمال** (usus)، **وسلطة الاستغلال** (fructus)، فضلا عن **سلطة التصرف** (abusus)، وهذا منذ الفقه الروماني القديم، والتشريعات المقارنة القديمة.

ويترتب على كون الملكية حقا جامعا أمران مهمان :

أولا : أن الأصل في القانون المدني الجزائري هو : **بقاء ما للمالك من سلطات جامعة له وحده**، ولا يكلف المالك عند النزاع إلا بإثبات ملكه، وفقا للطرق المقررة قانونا.

ثانيا : إن الخروج على هذا الأصل، إنما يكون في حدود ما يقضي به القانون أو الإتفاق ؛ ذلك أنه يمكن استثناء بالاتفاق أو بنص في القانون، منح غير المالك بعضا من هذه السلطات مؤقتا ؛ ولكن سرعان ما ينتهي

---

[1]- د. بلحاج العربي، الوجيز في الحقوق العينية في ضوء الفقه الإسلامي، المرجع المذكور، ص 49 وما بعدها ؛ النظريات العامة في الفقه الإسلامي، المرجع المذكور، فقرة رقم 381 وما بعدها.

الإستثناء ؛ كانتهاء حق الانتفاع وما يلحقه من حق الإستعمال وحق السكنى بإنقضاء الأجل المعين، أو بموت المنتفع (م 852 وما بعدها من ق.م)، فتعود بالضرورة كافة السلطات كاملة إلى المالك، وفقا للقاعدة الأصلية التي تحكم حق الملكية (م 674 من ق.م).[1]

ويترتب على ذلك أيضا، أن **جميع الحقوق المتفرعة من حق الملكية هي حقوق مؤقتة مشتقة عن حق الملكية**، وليست دائمة كحق الملكية، لا يجوز أن تجاوز مدتها حياة أصحابها ؛ ومن ثم تعود الملكية كاملة إلى المالك بعد أن تستنفذ مدة بقائها (م 844 إلى 881 من ق.م).[2]

وعلى هذا، إذا إدعى شخص أن له حقا على شيء يملكه غيره (كحق إنتفاع أو حق إرتفاق أو رهن أو إختصاص...)، فعليه إثبات ما يدعيه ؛ لأن **الأصل قانونا هو جمع المالك لكل السلطات على الشيء محل حقه**، ومن يدعي خلافا لهذا الأصل يلزمه إقامة الدليل الشرعي.[3]

ومن المآخذ القانونية البارزة على بعض التشريعات المدنية الغربية (كالقانون الفرنسي)، أو حتى بعض القوانين العربية (كالقانون العراقي، والقانون الأردني، والقانون الإماراتي)، أنها أوردت عبارة تصرفا مطلقا فيما يملكه، وهي بصدد تعريف حق الملكية، وتبيان حقوق المالك (De la manière la plus absolue)، إنطلاقا من فكرة مفادها أن حق الملكية هو حق مطلق في أساسه ؛ رغم أنها تناولت في تنظيمها لهذه الحقوق إلى العديد من القيود القانونية التي تحد من سلطات المالك لمصلحة الجماعة ولمصلحة غيره من الأفراد ؛ وفي هذا بعض التناقض.[4]

---

[1] - إن حق الملكية هو سلطة المالك في التصرف في ملكه تصرفا مطلقا عينا ومنفعة واستغلالا، والمالك الشيء وحده الإنتفاع بالعين المملوكة له وبغلتها وثمارها ونتاجها ؛ كما يملك ما يعد من عناصره الجوهرية بحيث لا يمكن فصله عنه دون أن يهلك أو يتلف. أنظر محكمة تمييز دبي، 2008/02/17، طعن رقم 2007/256، م.ف، 19، ج1، ص 325.

[2] - د. محمد سوار، حق الملكية في ذاته، ص 37.

[3] - د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج2، ص 74 ؛ د. محمد سوار، حق الملكية في ذاته، ص 37 ؛ د. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، ص 30 ؛ د. رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ص 22 و28.

[4] - راجع المادة 544 من ق.م.ف، و1048 مدني عراقي، و1018 مدني أردني، و1133 و1134 مدني إماراتي ؛ وهو ما نجده أيضا في تعريف المادة 11 من مرشد الحيران للملك التام.

فكان يستحسن على هذه التشريعات تجنب التعريفات قدر الإمكان، وعدم الإشارة إلى اعتبار الملكية حقا مطلقا فيما يملكه المالك، لكون حق المالك في التصرف هو في الحقيقة مقيد بالقيود القانونية العديدة لإعتبارات المصلحة العامة أو المصلحة الخاصة ؛ تفاديا للإنتقادات والإعتراضات على إطلاق الحق أو تقييده.

ج- حق دائم :

أي أن حق الملكية **هو حق دائم غير مؤقت بطبيعته** (Caractère perpétuel)، يدوم بدوام الشيء الذي يرد عليه، لا ينفصل عنه ولا ينقضي إلا بهلاك هذا الشيء ؛ ومن ثم **لا تقبل ملكية العين التأقيت كأصل عام**.[1] وهذا بخلاف الحق الشخصي الذي هو حق نسبي مؤقت، يزول بأحد أسباب الإنقضاء التي أشرنا إليها في مادة أحكام الإلتزام.[2]

فليس المراد من دوام الملكية ههنا، أن الملكية دائمة ولازمة لشخص معين وللأبد، لأن المالك قد يتصرف في الشيء المملوك أو يتخلى عنه بأي تصرف ناقل للملكية ؛ وإنما المقصود أن **حق الملكية هو حق دائم ما دام الشيء المادي المعين المملوك باقيا وموجودا فعلا بمحله**، ولا ينتهي هذا الحق إلا بهلاكه وزواله تماما (La propriété dure jusqu'à ce que la chose qui en est l'objet soit détruite, abandonée ou vendue, la propriété ne s'éteint pas en revanche à la mort se son titulaire, elle est en effet transmissible aux héritiers).[3]

فتصرف المالك في الشيء الذي يملكه، وإن كان يؤدي إلى زوال حقه هو،

---

[1]- Voir J-F Barbieri, Perpétuité et perpétuation dans la théorie des droits réels, Thèse, Toulouse, 1977 ; F Zénati, Essai sur la nature juridique de la propriété, Thèse, Lyon, 1981.

[2] - فإن حق الملكية هو حق دائم لا يقبل التاقيت، اي انه غير مؤقت بطبيعته، وعلى هذا فلا يجوز قانونا أن تقترن الملكية بأجل واقف أو فاسخ ؛ فاقتران الملكية بمثل هذا الأجل يتنافى مع أحكامها طبيعتها وعناصرها. راجع د. بلحاج العربي، الوسيط في شرح الحقوق العينية في ضوء قواعد الفقه الإسلامي، المرجع المذكور، ط2، 2016، ص 56 وما بعدها ؛ ولنفس الكاتب: أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، دار هومه، الجزائر، ط2، 2015، ص 394 وما يليها.

[3] - Cf. Weill (A), Terré (F), Simler (Ph), Droit civil, Les Biens, op.cit, N° 135 et s ; Malaurie (Ph) et Aynès (L), Les Biens, op.cit, N° 461 et s , Zénati F, La propriété, mécanisme fondamental du droit, RTDCiv, 2006, 445 et s.

فإنه في المقابل لا يعني إنتهاء حق الملكية ذاته، فهو يبقى وإنما يكون قد إنتقل من مالك قديم إلى مالك جديد (م 792 من ق.م).[1]

ومن ثم يختلف حق الملكية في هذا عن سائر الحقوق العينية الأخرى، لأن هذه الأخيرة مؤقتة بطبيعتها ؛ وستزول حتما، كحق الإنتفاع (م 852 و853 و854 من ق.م)، وحق الرهن (م 933 و834 و835 و936 من ق.م) ؛ أو متصور زوالها كحقوق الإرتفاق (م 878 و879 و880 و881 من ق.م).[2]

فيظل هذا الحق قائما بذاته له وجود قانوني حتى حينما يتغير الشخص المالك، بموجب التصرفات الناقلة للملكية، كالبيع أو الهبة أو الوصية أو الميراث مثلا ؛ فينتقل هذا الشيء من المالك القديم إلى المالك الجديد. فلو باع المالك الشيء المادي محل الملكية، حل المشتري محله وهو خلفه الخاص ؛ كما أنه لو توفي المالك حل محله خلفه العام (وهو وارث المالك الشرعي) الذي هو بمثابة الامتداد له.[3]

وفي هذا، حكمت المحكمة العليا في قرار مشهور مؤرخ في 2000/11/22، ملف رقم 204939، بأن : "**حق الملكية لا يتقادم بعدم الإستعمال، أو عدم المطالبة به، ومن ثم لا يمكن لقضاة الموضوع القضاء بسقوط الحقوق الميراثية لمجرد عدم المطالبة بها مدة 33 سنة**، تطبيقا للمادة 829 من ق.م التي تتعلق أساسا بالتقادم المكسب لمن يحوز الحقوق الميراثية مدة 33 سنة، بإثبات توفر شروط الحيازة الهادئة والعلنية والمستمرة بدون لبس أو غموض مدة ثلاثة وثلاثين سنة ؛ فإن قضاة الموضوع قد أخطأوا في تطبيق المادة المذكورة، الأمر الذي يعرض قرارهم للنقض والإبطال المشوب بعيب الخطأ في تطبيق القانون".[4]

وهذا إجتهاد قضائي سليم، يرتكز على أساس قانوني، **لأن حق الملكية في القانون المدني الجزائري لا يتقادم بعدم الإستعمال أو عدم**

---

[1] - د. حسن كيرة، الحقوق العينية الأصلية، ص 162 ؛ د. محمد سوار، حق الملكية في ذاته، ص 41 و42 ؛ د. نبيل سعد، الحقوق العينية الأصلية، ص 25.

[2] - زرارة عواطف، عدم التعسف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة، الرسالة المذكورة، ص 13.

[3] - د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج8، م1، ص 353.

[4] - المحكمة العليا، غ.ع، 2000/11/22، ملف رقم 204939، إ.ق.غ.ع، عدد خاص، ج2، 2004، ص 233.

المطالبة به، لأن المالك قد يتغير بأي تصرف ناقل للملكية، ويبقى الشيء المملوك دائما لا يزول إلا بزواله، أي بإنقضائه أو تلفه ؛ كما أن المادة 829 من ق.م، لا تنص إطلاقا على أن الحقوق الميراثية تسقط من مالكها لعدم المطالبة بها مدة 33 سنة[1].

ونلاحظ في هذا الشأن، **فيما يتعلق بالمنقول**، أنه قد يزول حق الملكية على الرغم من بقاء محله، ويحصل ذلك عندما يتخلى المالك عن المال المنقول المملوك له، بتركه وإهماله (م 835 من ق.م) ؛ كالأثاث القديم الذي تخلى عنه صاحبه مثلا، إذ يصبح المنقول بغير مالك إلى أن يتملكه شخص آخر بالاستيلاء، أي بوضع اليد عليه وحيازته فعليا بنية تملكه، باعتباره من الأشياء المباحة التي لا مالك لها (م 773 من ق.م).[2] **ودوام حق الملكية من أهم نتائجه القانونية نذكر على الخصوص ما يلي :**

1- الملكية بطبيعتها غير مؤقتة.

2- الملكية لا تقبل الإسقاط.

3- الملكية لا تزول بعدم الاستعمال.

أولا : الملكية بطبيعتها غير مؤقتة

أي أنه يبقى حق الملكية قائما ما دام المحل باقيا، أي أن الملكية تدوم ما دام الشيء المملوك باقيا ولا تزول إلا بزواله (Le caractère perpétuel du droit de propriété) ؛ فمحل الملكية هو الشيء المادي المعين كما أشرنا سابقا (وهو الركن الأول في هذا الحق)، وصاحب الحق أي المالك الشرعي (هو الركن الثاني) ؛ والملكية سلطة قانونية للمالك على هذا الشيء، وعلى هذا فالعلاقة النظامية القانونية بين الملكية ومحلها تبقى مادام المحل باقيا وتنتهي بإنقضائه أو بهلاكه وتلفه.[3]

---

[1] - راجع تعليق أ. بوتارن فايزة، على قرار المحكمة العليا، غ.ع، 2000/11/22، ملف رقم 204939، إق.غ.ع، عدد خاص، ج2، 2004، ص 238.

[2] - راجع لاحقا إحراز المال المباح، الذي لا مالك له، ضمن موضوع أسباب كسب الملكية.

[3] - د. **محمد سوار**، حق الملكية في ذاته، ص 42 ؛ د. **محمد منصور**، الحقوق العينية الأصلية، ص 14 ؛ د. **محمد قاسم**، موجز الحقوق العينية الأصلية، ص 21.

وعلى هذا الأساس، **فإن صفة الدوام تقتضي في حق الملكية أن لا يسقط بالتقادم، ولا بعدم الإستعمال** مهما طال الزمان ؛ وكذا **عدم جواز توقيته بزمن معين، ولا بمكان معين كأصل عام**، وإلا كانت ملكية مؤقتة، مما يتنافى ذلك مع كونها حقا دائما.[1]

فلا يجوزأن يقترن حق الملكية بشرط التأقيت لتقييده بمدة معينة، ولا بأجل واقف أو فاسخ (Le droit de propriété n'est pas limité dans le temps)[2]؛ لأن هذا يتعارض مع الحقوق المقررة للمالك شرعا وقانونا، وكذا مع طبيعة وعناصر حق عيني دائم، يخول صاحبه إعدام الشيء قبل فوات المدة المتفق عليها، فيصبح حق التصرف القانوني أو المادي في الملكية لغوا عندئذ.

فلو فرضنا أن المشتري قد اشترى شيئا لمدة سنة فقط، فكيف يمكنه ممارسة سلطاته القانونية المخولة له، كالتصرف بالشيء محل الملكية واستهلاكه، والتمتع به على الدوام. فيكون مثل هذا الإتفاق باطلا، لأنه يتنافى مع طبيعة الملكية التي لا تقبل الإقتران بأجل واقف أو فاسخ ؛ ويمكن حمل مثل هذا الإتفاق على أنه إنشاء لحق إنتفاع، حيث يقبل هذا الحق بطبيعته التأقيت (م 852 و853 و854 من ق.م).[3]

ثانيا : الملكية لا تقبل الإسقاط

إن حق الملكية لا يقبل الإسقاط بإرادة صاحبه المنفردة كأصل عام، كما لو أسقط شخص ملكية عقار يملكه، **فلا عبرة قانونا بهذا الإسقاط أو التنازل، ويحق له أن يطالب برده في كل وقت** ؛ فلو غصب شخص عينا مملوكة لآخر، فقال المالك المغصوب منه : أسقطت ملكي، فلا تسقط ملكيته ويبقى الشيء ملكا له، **لأن الملكية لا تنتهي إلا بانتقالها إلى غير المالك بالطرق القانونية المقررة طريقا للتملك، أي بأسباب إكتساب الملكية** (م 773 إلى 881 من ق.م). فلا يجبر أحد على التنازل عن

---

[1]-Voir Bonnet, Durée de la propriété, Rev.Rech.Jur, 2002,1 , p 273 et s ; J-F Barbieri, Perpétuité et perpétuation dans la théorie des droits réels, Thèse, Toulouse, p 15 et s.

[2]- نقض مدني فرنسي، 1905/07/12، سيري، 1907، 1، 273، تعليق الأستاذ Wahl.

[3]- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج8، م1، ص 540.

ملكيته العقارية إلا في الأحوال التي تقررها النصوص القانونية (م 677 و690 وما بعدها من ق.م).[1]

فإن انعدم المالك أو كان مجهولا، **كإنعدام الوارث الشرعي في الأملاك العقارية في التركات الشاغرة التي لا وارث لها (م 4/180 من ق.أ)، أو انعدم المالك في العقارات المتخلى عنها**؛ جاز للدولة وفقا للمادة 53 من القانون 30/90 المؤرخ في 1990/12/01 المتضمن قانون الأملاك الوطنية، حق المطالبة أمام الجهات القضائية المختصة بحكم قضائي يصرح بإنعدام الوارث، وبعد أن يصبح الحكم نهائيا، تدمج العقارات الشاغرة أو المتخلى عنها نهائيا ضمن أملاك الدولة الخاصة، فتعود إلى الخزينة العمومية.[2]

وهو ما ذكره فقهاء الفقه الإسلامي، من أنه **لا تقبل ملكية الأعيان الإسقاط**، أو التخلي عنها بدون مسوغ، **ويستثنى من ذلك الوقف**؛[3] **فحق الملكية الذي يرد على عقار يظل ثابتا للمالك الشرعي، ولو تركه أو أهمله أو تنازل عنه**، فيبقى العقار على ملكه، ما دام لم ينقل الملكية إلى الغير بسبب مستقل عن الإسقاط وتسجيل ذلك في دائرة التسجيل المختصة؛[4] **أما المنقول فيجوز إسقاط ملكيته بالترك كأصل عام**، بقصد التخلي عن ملكيته كما أشرنا، بحيث ينعدم وجوده القانوني، ويصبح مالا مباحا غير مملوك لأحد يجوز تملكه بالإحراز.[5]

---

[1] - المادة 20 من مجلة الحقوق العينية التونسية.

[2] - الجريدة الرسمية، العدد 52 لسنة 1990.

وراجع المادة 14 من القانون رقم 14/08 المؤرخ في 2008/07/20 المتضمن قانون الأملاك الوطنية، والمادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 65/91 المؤرخ في 1991/03/02، وكذا المرسوم التنفيذي رقم 454/91 المؤرخ في 1991/11/23.

أنظر للإستزادة: **د. بلحاج العربي**، أحكام التركات والمواريث وفق قانون الأسرة الجزائري الجديد، دار هومه، ط2، 2015، ص 357 وما بعدها؛ **حمدي باشا وليلى زروقي**، المنازعات العقارية، ، دار هومه، ط2، 2006، ص 244 وما يليها؛ **أ. عمر يحياوي**، منازعات أملاك الدولة، دار هومه، 2001 ص 67 وما بعدها.

[3] - **د. بلحاج العربي**، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، المرجع المذكور، فقرة رقم 381 .

[4] - "من المقرر قانونا وفقا لنص المادة 674 من ق.م أنه لا تقادم في دعوى التعدي على الملكية مهما طال الزمن." **المحكمة العليا**، غ.ع، 2012/10/11، ملف رقم 712500، م.م.ع، 2012، العدد2، ص 394.

[5] - يصبح المنقول بغير مالك، إذا تخلى عنه مالكه، بقصد التخلي عن ملكيته؛ المادة 24 من مجلة الحقوق العينية التونسية، و1/1077 مدني أردني، و1204 مدني إماراتي.

فمن وضع يده بنية التملك على منقول مباح لا مالك له صار ملكا له بالحيازة، ويصبح المنقول شرعا لا مالك له إذا تخلى عنه صاحبه، بقصد التنازل عن ملكيته نهائيا.[1]

ثالثا : الملكية لا تزول بعدم الاستعمال

أي أن حق الملكية **لا يسقط بعدم استعماله، أو بعدم المطالبة به، مهما طال** الزمان التي قعد فيها صاحب هذا الحق عن مباشرة السلطات التي يخولها له حقه،[2] ولو ترك محل هذا الحق معبرا عن إرادته في النزول عن الملكية ؛ لأن وجود حق الملكية مستقل عن إستعماله، ومن ثم لا يمكن أن يسقط هذا الحق بعدم الإستعمال (Le propriétaire a le droit de ne pas user de son bien).[3] **فلا يرد على حق الملكية ما يعرف بالتقادم المسقط** (La propriété est en principe imprescriptible)، لعدم وجود طرف آخر يستفيد من سقوطها بعدم الاستعمال، لأن دعوى الإستحقاق غير قابلة للسقوط بالتقادم ؛[4] ويترتب على هذا أنه إذا صدر حكم قضائي مقررا حق الملكية لشخص ما، فإن هذا الحكم لا يسقط بالتقادم، وينتج أثره ولو لم ينفذ.[5]

وهو ما أشارت إليه المحكمة العليا في اجتهاداتها القضائية المشهورة التي استقرت عليها، من أن : **حق الملكية حق دائم، لا يتقادم بعدم الإستعمال، أو بعدم المطالبة به لقوة قاهرة** (الحرب التحريرية) ؛ غير أنه يسوغ للمدعي عليه في دعوى المطالبة بالملكية أن يكتسب حق الملكية

---

[1]- راجع لاحقا الإستيلاء أو إحراز المباحات كسبب من أسباب كسب الملكية.

[2]- نقض مدني فرنسي، 1905/07/12، سيري، 1907، 1، 273، تعليق الأستاذ فال Wahl.
« Propriété. Caractère perpétuel. Non-usage trentenaire. Propriété non perdue. »; Voir, Martin R, De l'usage du droit de propriété, RTDCiv, 1975, p 52 ets ;

[3]-المحكمة العليا، غ.ع، 2000/11/22، ملف رقم 204939، إ.ق.غ.ع، عدد خاص، ج2، 2004، ص 233.

[4]- نقض مدني مصري، 1984/05/02، طعن رقم 50/1612 م.ف، 35، ج1، ص 1171 ؛ د. نبيل سعد، الحقوق العينية الأصلية، ص 25.
« La propriété est en principe imprescriptible, elle ne se perd pas par le non usage. » Cass.Ass.Plén, 23/06/1972, JCP. 1973. 2. 17331. Concl.Lindon.Affaire dite de « L' Etang Napoléon. »

[5]- نقض مدني مصري، 1980/01/29، طعن رقم 47/944 م.ف، 31، ج1، ص 360 ؛ د. محمد الخميس، أثر التقادم في الواجبات المالية، مجلة العدل، الرياض، العدد 51، رجب 1432هـ.

المطالب به عن طريق الحيازة لمدة 33 سنة تطبيقا للمادة 829 من ق.م التي تتعلق بالحيازة القانونية للعقارات المطالب بها واكتسابها بالتقادم المكسب. ومن ثم، لا يمكن لقضاة الموضوع القضاء بسقوط الحقوق الميراثية من مالكها لمجرد عدم المطالبة بها مدة 33 سنة ؛ مما ينجر عنه نقض وإبطال القرار المطعون فيه المشوب بعيب الخطأ في تطبيق القانون."[1]

وهذا إجتهاد قضائي سليم، يقوم على أساس قانوني، لأنه يظل المالك قانونا حرا في استعمال ملكه من عدمه، لكون الملكية حقا دائما، فلا تسقط الملكية بعدم الإستعمال مهما طالت مدة على عدم إستعماله ؛ وتظل الوسائل القانونية لحماية الملكية قائمة، ولا تسقط بالتقادم مهما طال الزمن.[2]

ومن هذا المنطلق، **لا يسقط حق الملكية في القانون الجزائري بعدم مزاولة المالك سلطاته على الشيء المملوك**، والتي منها سلطة الإستعمال مهما طال الزمن ؛ فلا يجوز لأحد أن يتخذ من قعود المالك عن مباشرة حقه سببا لزوال أو سقوط هذا الحق عنه.[3]

وهذا بإستثناء ما أورده المشرع الجزائري في المواد من 48 إلى 52 من القانون رقم 25/90 المتضمن التوجيه العقاري، المعدل والمتمم بالأمر رقم 26/95، من أنه : يترتب على عدم إستغلال الأراضي الخصبة جدا والخصبة

---

[1] - "إن المادة 829 من ق.م التي تتعلق بالتقادم المكسب لمن يحوز الحقوق الميراثية مدة 33 سنة، لا تنص إطلاقا على ان الحقوق الميراثية تسقط من مالكها لعدم المطالبة بها مدة 33 سنة...". أنظر **المحكمة العليا**، غ.ع، 2000/11/22، ملف رقم 204939، المشار إليه.

وهو ما استقرت عليه إجتهادات المحكمة العليا، غ.ع، 2006/02/08، ملف رقم 340189، ن.ق، 2008، العدد62، ص 404 ؛ غ.ع، 2005/07/13، ملف رقم 311686، ن.ق، 2006، العدد61، ص 348 ؛ 2000/09/27، ملف رقم 202755، م.م.ع، 2004، عدد خاص، ج2، ص239 ؛ 2000/07/31، ملف رقم 197177، م.م.ع، 2004، عدد خاص، ج2، ص 211 ؛ 1998/03/17، ملف رقم 185202، المشار إليه ؛ غ.أ.ش، 2011/06/09، ملف رقم 629657، م.م.ع، 2011، العدد1، ص 266 ؛ 2006/11/15، ملف رقم 374633، م.م.ع، 2007، العدد1، ص 513 ؛ 1994/11/15، ملف رقم 110173، م.ق، 1994، العدد3، ص 84 ؛ 2000/02/22، ملف رقم 232678، م.ق، 2001، العدد1، ص 264 ؛ غ.أ.ش، 2000/02/22، ملف رقم 232678، م.ق، 2001، العدد1، ص 264 ؛ 1987/05/06، ملف رقم 40944، م.ق، 1991، العدد3، ص 15 ؛ 1998/03/17، ملف رقم 185202، م.ق، 1999، العدد1، ص 115 ؛ 1996/11/24، ملف رقم 85520، م.ق، 1996، العدد2، ص 65.

[2] - **أ. حمدي باشا عمر**، حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هومه، ط10، 2014، ص 81 وما بعدها.

[3] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2000/11/22، ملف رقم 204939، مذكور سابقا.

وليه الخصبة، لموسمين فلاحيين متعاقبين، حرمان مالكها من الملكية مع التعويض.[1] والغرض من هذا الإستثناء هو المحافظة على مثل هذه الأراضي الخصبة باستعمالها واستغلالها واستثمارها في التنمية الفلاحية الوطنية، وعدم تركها وإهمالها بدون مسوغ، لأن الأرض هي ملك لمن يخدمها، وفقا لأحكام المادة 692 من ق.م.

على أنه إذا كانت الملكية لا تسقط بعدم الاستعمال مهما طال الأمد، فإنها مع ذلك تخضع لأحكام التقادم المكسب (Prescription aquisitive)، وفقا لمقتضيات المواد 827 إلى 829 من ق.م[2]، عندما يقترن عدم الاستعمال من جانب المالك بحيازة الشيء محل الملكية من جانب الغير؛ فيفقد المالك ملكيته لا لأنها سقطت أو انقضت ولكن لأنها انتقلت إلى الغير (ما لم تكن مقيدة بالتسجيل العيني العقاري).[3]

وخلاصة القول: أن حق الملكية هو حق جامع مانع تجاه الناس كافة، فهو جامع يخول للمالك الإنتفاع بالشيء واستغلاله والتصرف فيه، وهو مانع مقصور على المالك دون غيره؛ وهو في ذات الوقت حق دائم لا

---

[1] - راجع القانون رقم 25/90 المؤرخ في 1990/11/18 المتضمن قانون التوجيه العقاري.

[2] - من المقرر قانونا أن التقادم المنصوص عليه في المادة 829 من ق.م، يتعلق بالتقادم المكسب للحقوق الميراثية، وليس بالتقادم المسقط." المحكمة العليا، غ.ع، 2008/07/16، ملف رقم 423832، إق.غ.ع، عدد خاص، 2010، ج3، ص 274؛ 2008/10/15، ملف رقم 479371، م.م.ع، 2008، العدد2، ص 273؛ 2002/02/20، ملف رقم 220023، م.م.ع، 2004، عدد خاص، ج2، ص 228؛ 2000/11/22، ملف رقم 204939، المشار إليه؛ غ.م، 1997/06/25، ملف رقم 148511، م.ق، 1992، العدد2، ص11؛ 1993/11/10، ملف رقم 104967، م.ق، 1994، العدد1/ ص 43.

[3] - وهو التقادم المكسب بمعنى حيازة الحقوق العينية، المنقولة أو غير المنقولة، خلال مدة التقادم القانونية الطويل أو القصير، بصفة هادئة ومستمرة بدون انقطاع ولا نزاع. ومن ثم، لا يجوز التمسك بالتقادم المكسب إلا باستمرار الحيازة الفعلية بشروطها وعنصريها المادي والمعنوي لمدة 15 سنة. المحكمة العليا، غ.ع، 2004/06/23، ملف رقم 271312،، إق.غ.ع، عدد خاص، 2010، ج3، ص262. 2002/06/18، ملف رقم 233201، ن.ق، 2008، العدد62، ص 349؛ 2002/05/22، ملف رقم 232683؛ غير منشور؛ 2000/05/31، ملف رقم 192720،، إق.غ.ع، عدد خاص، 2004، ج2، ص356؛ 2001/10/24، ملف رقم 218221، م.ق، 2002، عدد2، ص 365؛ نقض مدني مصري، 1999/02/04، طعن رقم 2055، لسنة 62 ق؛ 1970/05/12، م.ا.ن، س21، ص 803.

غير أن الحقوق العينية التبعية تنقضي بانقضاء الدين الذي تضمن الوفاء به طبقا للمادة 893 و903 من ق.م، كما ينقضي حق الانتفاع حتما بموت المنتفع، أو بانقضاء الأجل المعين وفقا للمادة 852 من ق.م.

يسقط بعدم الإستعمال مهما طال الزمن، ما لم يكسبه الخصم إذا توافرت له شروط الحيازة المكسبة للملك.[1]

6- عناصر حق الملكية :

يتضح لنا من نص المادة 674 من ق.م، أن عناصر حق الملكية ثلاثة، هي في الحقيقة السلطات القانونية التي يحق للمالك وحده أن يباشرها على الشيء الذي يملكه في حدود القانون ؛ وهي سلطات : الاستعمال، والاستغلال، والتصرف التي تثبت دائما للمالك (Les attributs du droit de propriété)، وهي عناصر الملك التام في الفقه الإسلامي. ونتطرق فيما يلي بشيء من التفصيل لهذه العناصر المهمة الثلاثة :

أ- سلطة الاستعمال (Le droit d'user de la chose) :

المقصود من الإستعمال (L'usus) هو استخدام الشيء المملوك في جميع وجوه الإستعمال المشروعة التي أعد لها بحسب طبيعته أو غرضه (Conforme à son utilisation)، وفقا للمادة 674 من ق.م، و27 من القانون رقم 25/90، بالحصول على منافعه فيما عدا الثمار بالطريقة التي يرغب فيها (Droit à un utilisation normale de sa propriété).[2] كأن يزرع المالك أرضه شخصيا، أويسكن منزله، أو يقرأ كتابه، أو يرتدي ملابسه، أو يركب سيارته ويقوم بقيادتها ؛ وكأن يقوم بإستهلاك الشيء كأكل طعام أو ثمار يملكها وهكذا. وهذا هو ما يسمى بالإستعمال المادي للشيء المملوك، وقد لا يستعمل المالك الشيء شخصيا، بل يدعو غيره إلى استعماله تبرعا دون مقابل.

وعلى كل، يجب على المالك أن يراعي في استعمال حقه، ما تقضي به القوانين والأنظمة واللوائح الجاري بها العمل، وخاصة الضوابط المتعلقة بالمصلحة العامة أو المصلحة الخاصة (م 124 مكرر و690 و691 ق.م).[3] فلا يجوز

---

[1]- راجع لاحقا آثار الحيازة القانونية، وأحكام التقادم المكسب، ضمن أسباب كسب الملكية.

[2]- نقض مدني فرنسي، 3، 2002/06/19، دالوز، 2003، 587، تعليق Bertier-Lestrade.

[3]- المحكمة العليا، غ.م، 1997/06/25، ملف رقم 148810، م.ق، 1997، العدد1، ص 190 ؛ نقض مدني فرنسي، الغرف المجتمعة، 2004/05/07، دالوز، 2004، 1545.

للمالك مثلا، أن يستعمل ملكه إستعمالا مطلقا تعسفيا، للإضرار بالجوار ضررا غير مألوف (م 691 ق.م)،[1] ولا أن يفتح مطلا على جاره إلا على مسافة معينة حددها القانون (م 709 ق.م)،[2] أو يمنع تعسفيا صاحب أرض محصورة من المرور على أملاكه، مقابل تعويض يتناسب مع الأضرار (م 693 ق.م).[3]

فإن المالك يتقيد في استعماله للشيء، بالقيود التي تفرضها الأنظمة والقوانين واللوائح ؛ وللمالك أن يستعمل ملكه كما يشاء، وكذلك له أن لا يستعمله، إلا إذا فرض عليه القانون غير ذلك.[4]

ونلاحظ بأن عنصر الإستعمال هو أكثر عناصر حق الملكية إحتراما من قبل المشرع الجزائري، سواء في القانون المدني، أو التشريعات العقارية الخاصة ؛ وقد ركز في نصوص العقار الفلاحي على ضرورة إستعمال الأراضي الزراعية واستغلالها وعدم تركها بورا او إهمالها.

والمالك ليس ملزما في الأصل بممارسة سلطة الإستعمال، فهو حر في إستعمال الشيء الذي يملكه، منقولا كان أو عقارا، فيما يصلح له من وجوه الإستخدام في الوقت وفي المكان الذي يرغب فيه، أو عدم استعماله وفقا لسلطته التقديرية ؛ فهو حق جوازي وضعه المشرع في إختيار المالك، فهو حر في أن يستعمل ملكه أو لا يستعمله ؛ كأن يزرع أرضه أو لا يزرعها ويتركها بورا، وله أن يسكن منزله أو يتركه خاليا دون أن يؤجره، **إلا إذا فرض القانون عليه شيئا من ذلك وفقا لما هو منصوص عليه في قوانين** خاصة ؛ كعدم جواز ترك الأراضي الخصبة بورا دون إستغلالها، وعدم جواز ترك المنازل المعدة للإستغلال خالية دون تأجيرها، إذا تقدم لإستجارها مستأجر بالأجرة القانونية.[5]

1- المحكمة العليا، غ.ع، 2009/04/08، ملف رقم 506915، إ.ف.غ.ع، عدد خاص، 2010، ج3، ص 349؛ 2007/09/12، ملف رقم 406647، إ.ق.غ.ع، 2010، ج3، ص 341 ؛ غ.م، 1997/06/25، ملف رقم 148810، م.ق، 1997، العدد 1، ص 190.

2- المحكمة العليا، غ.م، 1985/05/29، ملف رقم 33909، م.ق، 1992، العدد4، ص 22.

3- المحكمة العليا، غ.م، 1997/06/25، ملف رقم 148810، المشار إليه ؛ 1992/06/16، ملف رقم 90943، م.ق، 1995، العدد1، ص 101 ؛ 1985/03/06، ملف رقم 33524، م.ق، 1990، العدد1، ص 30.

4- Cass.Ass. Plén, 07/05/2004, D. 2004, 1545, note J- M Bruguière.

5- د. محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته، ص 43 و44.

ويعتبر من قبيل الاستعمال (droit d'user de la chose)، قيام المالك بأعمال الحفظ والصيانة والحراسة، التي يقوم بها المالك في ملكه،[1] كقيام المالك مثلا بترميم بنايته التي يملكها، أو هدمها كليا وإعادة بنائها، أو تسوية أرضه الزراعية، وقلع الأشجار، أو حفر الترع، أو إصلاح سيارة يملكها...، دون حد لسلطته في ذلك إلا ما يفرضه القانون عليه. أما المستأجر والمنتفع والدائن المرتهن، فإن حيازتهم للشيء، لا تجيز لهم في استعمالهم لهذا الشيء أن يتلفوه، بل يجب عليهم أن يحافظوا عليه حتى يردوه سليما للمالك.

ب- سلطة الاستغلال (Le droit de jouir de la chose)) :

المراد من الإستغلال هو التمتع بالملكية بالحصول على ثمار الشيء ومنتجاته وملحقاته، أي إستثماره والحصول على ثماره من ربح أو دخل، مع الإبقاء على جوهر الشيء المملوك.[2] والإستغلال (Jouissance ou fructus) قد يكون مباشرا، كأن يزرع المالك أرضه ويجني ثمارها ؛ وقد يكون غير مباشر، كأن يقوم الغير بجني ثمار الشيء المملوك، ويدفع مقابل هذه الثمار للمالك.

فلمالك الشيء وحده وفقا لمقتضيات المادة 674 من ق.م، أن ينتفع بالعين المملوكة، وبغلتها وثمارها ونتاجها، ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة قانونا ؛ أي بمعنى حقه في في الحصول على ريعه وغلاته المتجددة أو المستحدثة، من الثمار والمنتجات، ما لم يوجد نص أو إتفاق يخالف ذلك.[3] ويمتد الإستغلال إلى جميع ما يمتد إليه نطاق حق الملكية، طبقا لأحكام المادة 675 من ق.م. وهو ما نصت عليه صراحة المادة 676 من

Voir, Martin R, De l'usage du droit de propriété, RTDCiv, 1975, p 52 ets ; Ranouil V et Caron C, Propriété, éléments, caractères et limitations, J-Cl Civ, Fasc 10.

[1]- Voir Malaurie (Ph) et Aynès (L), Les Biens. op. cit, N° 434.

[2]- "من المقرر قانونا أن حق الملكية يخول للمالك الحق في الإستغلال والتمتع بملكه، وفقا لأحكام المادة 674 من ق.م." انظر المحكمة العليا، غ.ع، 2002/07/25، ملف رقم 215762، م.ق، 2002، العدد1، ص 279.

[3]- المادة 676 من ق.م.

وتقابلها المادة 11 من مرشد الحيران، و1192 من مجلة الأحكام العدلية، و19 من مجلة الحقوق العينية التونسية، و1018 مدني اردني، و768 مدني سوري، و1048 مدني عراقي، و802 مدني مصري.

ق.م بقولها : "لمالك الشيء الحق في كل ثماره ومنتجاته وملحقاته، ما لم يوجد نص أو إتفاق بخلاف ذلك".

ويترتب على ذلك، أن الحق في ثمار الشيء ومنتجاته وتوابعه وملحقاته وكل ما التصق به، يعد تابعا لحق الملكية، ويجمعهما في ذلك مصدر واحد.[1] ومن ثم، حكم القضاء **بأن دعوى المطالبة بتثبيت ملكية الشيء تعتبر قاطعة للتقادم بالنسبة للمطالبة بريعه وغلاته**، باعتبارها من توابع حق الملكية، ما دامت تلك الدعوى قد دلت في ذاتها على التمسك الجازم بالحق المراد إقتضاؤه هو حق الملكية وما ألحق به من توابع وملحقات، وهو الريع الذي يجب لزوما ويسقط بسقوطه.[2]

فإن ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها، ما لم يثبت غير ذلك وفقا للمادة 2/675 من ق.م ؛ ولمالك الشي عملا بالمادة 676 من ق.م الحق في كل ثماره ومنتجاته وملحقاته، ما لم يوجد نص أو إتفاق يخالف ذلك.

1- والمقصود بالثمار (Les fruits) :

هي كل ما ينتجه الشيء المملوك من غلة متجددة، أي **ما ينتجه الشيء محل الملكية في مواعيد منتظمة دورية ومتجددة، دون المساس بجوهره أوالإنتقاص من أصل مادته**، فيبقى الشيء على حاله دون نقصان ؛ سواء أكانت ثماراً طبيعية أو صناعية أو مدنية. والأصل أن الثمار هي ملك صاحب الشيء، إلا إذا نص القانون على غير ذلك، كما هو الحال في النص على جعل الثمار للحائز حسن النية دون المالك.[3]

والثمار قد تكون مادية : أي بصفة مباشرة بالجني من يوم فصلها، كزراعة الأرض والإنتفاع بثمارها ومحصولاتها المتولدة المقبوضة. وهي **إما بفعل الطبيعة** (Naturel) دون جهد من الإنسان : كالكلأ والعشب الذي يخرج في الأرض من تلقاء نفسه ؛ أو المستحدثة **بفعل تدخل الإنسان**،

1- المحكمة العليا، غ.ع، 2002/07/25، ملف رقم 215762، المشار إليه.

2- نقض مدني مصري، 1984/04/17، طعن رقم 50/1722، م.أ.ن، 35، ج1، ص 1027 ؛ 1975/10/13، طعن رقم 339، س 35، ص 1146.

3- المادة 837 من ق.م.

كالمنتوجات الزراعية والفواكه، والمنتجات الصناعية (industriel) التي تنتج من عمل الطبيعة والإنسان. **وقد تكون الثمار مدنية** (Civil) : أي بطريق غير مباشر يوما بيوم بنسبة مدة الإنتفاع، وهي مقبوضة مما يغله الشيء من دخل نقدي، كأجرة الأراضي والمساكن من جراء تأجيرها، وريع النقود في عقد المضاربة والمرابحة، وفوائد رؤوس الأموال النقدية، والأسهم والسندات... ؛ مع مراعاة القيود التي يفرضها القانون.[1]

2- وأما المنتجات (Les Produits) :

فهي بخلاف الثمار، ما يخرجه الشيء في مواعيد غير دورية، أي ما ينتجه الشيء من ثمرات غير متجددة في أوقات متقطعة غير منتظمة ؛ **ويترتب على أخذها إقتطاع من أصله ذاته، أي نقصان من جوهر الشيء المملوك ومادته الأصلية** ؛ كالمعادن التي تستخرج من باطن الأرض، كالمناجم والأحجار التي تستخرج من المحاجر، والأشجار التي تقطع من الغابات، وغيرها من المنتجات غير المتجددة.

ومن هذه المعطيات، **تتميز الثمار عن المنتجات بخصيصتين مهمتين هما** : الدورية وعدم الإنتقاص من جوهر الشيء ذاته، والأصل ههنا أن حق الملكية يمتد إلى ما يتفرع عن الشيء، فيتملك المالك ثمار الشيء ومنتجاته، إلا إذا قضى القانون أو الإتفاق بغير ذلك.

وجدير بالتنويه، أنه من حاز شيئا **بحسن نية، تكون له ثمار الشيء فقط دون منتجاته، فيكون له الحق في الإحتفاظ بالثمار** (L'acquisition des fruits de la possession) ؛ إذ تبقى المنتجات من حق المالك وحده.[2] فيكسب الحائز ما يقبضه من الثمار ما دام حسنت النية، وتعتبر الثمار الطبيعية أو الصناعية مقبوضة من يوم فصلها، أما الثمار المدنية فتعتبر مقبوضة يوما بيوم (م 837 من ق.م). وعلى ذلك، إذا كان هذا الغير صاحب حق إنتفاع مثلا، كانت له الثمار بعكس المنتجات ؛ وإذا كان

---

[1] - د. إسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، ج1، ص 69 ؛ د. عبد المنعم الصدة، الحقوق العينية الأصلية، ص 28 ؛ د. علي العبيدي، الحقوق العينية، ص 36.

[2] - المواد 837 و838 و839 و846 من ق.م.

بالنا اعتبر ما يقوم به بالنسبة للثمار من أعمال الإدارة، بعكس ما يقوم به بالنسبة للمنتجات التي تعتبر من أعمال التصرف[1].

3- وأما فيما يتعلق بالملحقات (Accessoires) :

فهي كل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال الشيء، طبقا لما تقضي به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين ؛ فيمتد حق الملكية إلى ملحقات الشيء وتوابعه، لأنها ملحقة بالأصل ولو لم تذكر في العقد، والفرع يخضع لما يخضع له الأصل وفقا للقاعدة ؛ كحقوق الإرتفاق، والعقار بالتخصيص، وغيرها من الملحقات والتوابع، ما لم يوجد إتفاق مخالف[2].

فالأصل أن مالك الشيء يعد مالكا لملحقاته وتوابعه، ما لم يثبت غير ذلك : إذ يجوز بموجب نص قانوني أو بالإتفاق بين الطرفين، فصل ملكية الشيء عن ملحقاته أو منتجاته، فيكون الشيء مملوك لشخص وتكون ملحقات هذا الشيء مملوكة لشخص آخر.[3] كالنص الذي يجعل الثمار للحائز حسن النية دون المالك (م 837 من ق.م)، والنصوص المتعلقة بملحقات الشيء المبيع ومستلزماته التي يقررها القانون أوالعرف أو الإنصاف أو طبيعة الإلتزام (م 107 و1/160 و164 و352 و361 من ق.م)،[4] وتلك الخاصة بملحقات العقار المرهون رهنا رسميا (م 887 و997 من ق.م).[5]

فالرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري وفقا للمادة 887 من ق.م، يشمل ملحقات العقار المرهون التي تعتبر عقارا، من أبنية وغراس وعقارات بالتخصيص وحقوق الإرتفاق، وكذا كافة التحسينات، وكل

1- مجموعة الإعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج6، ص 21.

2- Voir Weill (A), Terré (F), Simler (Ph), Droit civil, Les Biens, op.cit, N° 141 ; Weill (A), Droit civil, Les Sûretés, La publicité foncière,Dalloz, Paris, 1979 ; N° 281.

3- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج8، ص 587 ؛ د. عبد المنعم الصدة، الحقوق العينية الأصلية، ص 33 و34.

4- يجب تنفيذ الإلتزام بحسن نية وأمانة، ولا يلزم المتعاقد بما وقع التصريح به فحسب، بل أيضا بمستلزمات العقد وملحقاته، وفقا للقانون والعرف وطبيعة الإلتزام. انظر المحكمة العليا، غ.م، 1982/02/07، ملف رقم 29500، م.ق، 1989، العدد 1، ص 165.

5- المحكمة العليا، غ.م، 1985/04/03، ملف رقم 33131، مذكور في القانون المدني نصا وتطبيقا، ص 364 و365.

ما يستحدث عليه من بناء وإنشاءات التي تعود على المالك بعد العقد تعود بالمنفعة على المالك، وكذلك ثماره حسب أحكام المادة 888 ق.م من وقت إلحاقها بالعقار المخصص للرهن؛ ما لم يتفق على غير ذلك، مع عدم الإخلال بامتياز المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين المنصوص عليها في المادة 997 من ق.م[1].

فإذا كان الشيء المبيع عقارا، يتمثل في أرض زراعية، فإن البيع يشمل الأرض وما يعد من ملحقاتها وتوابعها، وفقا للقانون والعرف الجاري وما تقتضيه طبيعتها؛ كحقوق الإرتفاق، والآلات الزراعية، وغيرها مما يعد عقارا بالتخصيص؛ وكذلك المخازن وحظائر المواشي، وكل ما جرى العرف أنه من توابع المبيع[2].

والأصل في القانون العقاري الجزائري أن المالك لا يجبر على استغلال أملاكه، كما هو الحال في الإستعمال، ما لم ينص القانون على غير ذلك[3]. ومن ذلك نص المادة 48 من القانون رقم 25/90 المؤرخ في 1990/11/18 المتضمن التوجيه العقاري، المعدل والمتمم بالأمر رقم 26/95 المؤرخ في 1995/09/25، التي اعتبرت عدم استغلال الأراضي الفلاحية الخصبة والخصبة جدا وتركها بورا، وعدم إستثمارها فعليا، يعد عملا تعسفيا في استعمال حق الملكية، وتقوم الهيئة العمومية المخولة عندئذ باتخاذ اللازم قانونا بعد إنذاره؛ بأن تخصص الثروات العقارية من الأراضي الفلاحية والأراضي ذات الوجهة الفلاحية للتنمية الفلاحية الوطنية الحقيقية، وترقية الإستثمارات المنتجة، نظرا لأهمية هذه الأراضي الإقتصادية والإجتماعية، ولطاقاتها الإنتاجية الفلاحية العالية[4].

---

[1] - أنظر د. **بناسي شوقي**، أحكام عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري، دار هومه، 2008، ص د. **سي يوسف زاهية حورية**، عقد الرهن الرسمي، دار الأمل، تيزي وزو، 2006، ص 56 وما بعدها؛ راجع لاحقا موضوع الرهن الرسمي ضمن الحقوق العينية التبعية في هذا الكتاب.

[2] - د. **بلحاج العربي**، أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، دار هومه، الجزائر، ط2، 2015، ص 74 وما بعدها.

[3]- نقض مدني فرنسي، 1، 1999/03/10، دالوز، 1999، 319، ملاحظات الأستاذ سانتروز.

[4] - راجع المواد من 4 إلى 10 ، ومن 33 إلى 37 من القانون رقم 25/90 المتضمن التوجيه العقاري.

فإذا ثبت عدم إستثمار أرض فلاحية فعليا، خصبة جدا أو خصبة، لموسمين فلاحيين متعاقبين على الأقل، بعد تبليغ مالكها أو حائزها الظاهر بإنذار رسمي، بأن بقيت غير مستثمرة عند إنتهاء أجل جديد مدته سنة؛ تقوم الهيئة العمومية المخولة لهذا الغرض بإجراء المعاينة، ووضع الأرض الفلاحية حيز الإستثمار لحساب وعلى نفقة المالك أو الحائز الظاهر إذا كان المالك الحقيقي غير معروف، أو عرض الأرض للتأجير، أو بيعها. ويجوز للهيئة العمومية المخولة، أن تتقدم لشراء هذه الأراضي الفلاحية بممارسة حق الشفعة (المواد 49 و50 و51 و52 من القانون رقم 25/90 المؤرخ في 1990/11/18 المتضمن التوجيه العقاري، المعدل والمتمم بالأمر رقم 26/95 المؤرخ في 1995/09/25).

وعلى ذلك، فقد يحد القانون الجزائري من سلطة المالك في الإمتناع عن إستغلال ملكه، بما يفرضه المشرع من قيود قانونية وتنظيمية؛ كالقيود المتعلقة بعدم ترك الأراضي الفلاحية بورا بدون إستثمار، وقيود الإرتفاق؛ وكوضع شروط معينة للإستغلال المقرر للمالك: كالشروط المحددة لإقامة صيدلية، أو لإقامة عياد طبية، أو لفتح مكتب للمحاماة، وغيرها.

ولا يجب الخلط ههنا بين الإستعمال، الذي لا يكون بالحصول على ثمار الشيء، لأن الحصول على هذه الثمار يدخلنا في سلطة الإستغلال؛ فسكنى المنزل مثلا يعد إستعمالا له، أما تأجيره فهو إستغلالا له عندما يسمح المالك لغيره بإستعماله في مقابل عوض (دخل نقدي)؛ **فإنه يجوز قانونا أن تثبت سلطتا الإستعمال والإستغلال أو إحداهما لشخص آخر غير المالك.**[1]

وأخيرا، **فقد يختلط الإستعمال بالإستغلال أو التصرف**، مثلا عندما يقوم مالك الأرض بزراعة أرضه يكون بهذا يمارس حقه في استعمال الشيء ويكون الإستغلال بالحصول على الثمرات؛ أما بالنسبة إلى الأشياء

غير انه لا يجوز ان يحرم احد ملكيته العقارية الخاصة بلا سبب قانوني، إلا في الأحوال والشروط التي يقررها القانون، وبالطريقة والإجراءات التي يحددها القانون، مقابل تعويض فوري عادل ومنصف (م 22 من القانون رقم 02/16 المؤرخ في 2016/03/06 المتضمن التعديل الدستوري الجديد لعام 2016؛ والمادة 677 و681 من ق.م المعدلة بالقانون رقم 11/88).

[1] - د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج8، ص 585 وما بعدها.

التي تستهلك بمجرد الإستعمال كالنقود والطعام فهي أشياء لا يمكن إستعمالها بغير إستهلاكها.

إن الإستعمال والإستغلال يقتربان أحدهما من الآخر، فكلاهما إستعمال للشيء المملوك ؛ فإذا استعمل المالك الشيء بشخصه سمي هذا إستعمالا، وأما إذا استعمله بواسطة غيره في مقابل أجر يتقاضاه من الغير سمي هذا إستغلالا، وقد يستغل المالك هذا الشيء مباشرة بنفسه[1].

وهو ما أشار إليه المشرع الجزائري في المادة 674 من ق.م، وكذا المادة 27 من القانون رقم 25/90 المؤرخ في 1990/11/18 المتضمن التوجيه العقاري، من أن **الملكية تقوم في أساسها على عنصرين مهمين هما : حق الإستعمال وحق الإستغلال**، اللذين يشكلان حق الإنتفاع الذي يجعل المالك ينتفع بملكه فعليا.

فقد نصت المادة 27 من القانون رقم 25/90 المتضمن التوجيه العقاري، على أن : **الملكية العقارية الخاصة هي حق التمتع والتصرف في المال العقاري** أو الحقوق العينية، من أجل **إستعمال الأملاك وفق طبيعتها أو غرضها** ؛ كما أشارت المادة 2/28 من القانون نفسه بأنه : **يجب أن يوافق إستغلال الأرض الخصائص المرتبطة بها وفقا للفائدة العامة التي أقرها القانون.**

وهو ما قضت به الغرفة العقارية، لدى المحكمة العليا في إجتهاداتها، من أن : "**حق الملكية هو حق الإستغلال والتمتع.** ومن ثم، فإن الطلب الرامي إلى مواصلة أشغال البناء خلال إجراءات دعوى الملكية، لا يعتبر طلبا جديدا، لأنه حق مشتق من حق الملكية والإستغلال ؛ والقضاء بإلزام المطعون ضده بالتعويض نتيجة منعه من مواصلة الأشغال، هو تطبيق سليم للقانون"[2].

---

[1] - د. حسن كيرة، الحقوق العينية الأصلية، ص 75 و76 ؛ د. عبد المنعم الصده، الحقوق العينية الأصلية، فقرة 19 و20.

Cf. Lamoureux ; Note sous Cass.Civ, 1re, 13/12/2005, JCP , 2006, 2743 ; Voir aussi Cass.Civ, 3re, 23/09/2009, JCP , 2009, 473, Note Pillet.
« Le droit de disposer de son bien de la manière la plus absolue est un droit constitutionnellement reconnu ».

[2] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2002/07/25، ملف رقم 215762 ؛ غير منشور.

وهذا إجتهاد قضائي صائب، لأن ملكية العين تستلزم قانونا ملك المنفعة، من خلال الإستغلال والتمتع بالشيء المملوك في حدود القوانين والأنظمة ؛ فملكية الأشياء ليست مقصودة لذاتها، وإنما الغاية منها هي منافعها إستعمالا واستغلالا، وفقا لمقتضيات المواد 674 و675 و676 من ق.م.

ج- سلطة التصرف (Le droit de disposer de la chose) :

لمالك الشيء الحق في التصرف في الشيء المملوك بجميع التصرفات الجائزة قانونا (Disposition ou abusus)، وفقا لطبيعته أو غرضه ؛ وهو حق دستوري للمالك لا يجوز المساس به (م 22 و64 و80 من دستور 2016 الجديد).[1]

فقد نصت المادة 27 من القانون رقم 25/90 المؤرخ في 1990/11/18 المتضمن قانون التوجيه العقاري، المعدل والمتمم بالأمر رقم 26/95 المؤرخ في 1995/09/25 على أن : **"الملكية العقارية الخاصة هي حق التمتع والتصرف في المال العقاري أو الحقوق العينية، من أجل إستعمال الأملاك وفق طبيعتها أو غرضها"**.

وكلمة التمتع الواردة في هذه المادة تشمل قانونا، سلطتي الإستعمال والإستغلال، باستخدام الشيء المملوك، والإنتفاع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها ؛ أما كلمة التصرف فتعني سلطة المالك في أن يتصرف في شيء محل الحق بجميع التصرفات الجائزة قانونا. وسلطة التصرف هي التي تميز حق الملكية عن غيره من الحقوق العينية الأخرى، والتصرف الوارد على حق الملكية نوعان :

أولا : التصرف المادي :

وهو التصرف الذي يرد على الشيء ذاته، ويكون ذلك بغرض إجراء تغيير مادي في الشيء محل الملكية، كأن يقوم صاحب الأرض بأعمال البناء عليها، أو زراعتها أو تركها أو بورا، أو هدم العقار، أو إعدام الشيء نفسه بإستهلاكه كليا أو جزئيا، أو إتلافه، أو التغيير فيه، مع مراعاة القيود القانونية بطبيعة الحال.

---

[1]- المادة 52 من سستور 1996، و28 من القانون رقم 25/90 المتضمن التوجيه العقاري، و674 من ق.م.

والتصرف المادي مقصور على المالك بطريق مباشر، فهو سلطة يتميز بها حق الملكية كحق عيني أصلي، عن غيره من الحقوق العينية الأصلية الأخرى المتفرعة عنه ؛ لأن المنتفع مثلا، لا يملك سلطة القيام بمثل هذه الأعمال، فلا يخوله حق الإنتفاع سوى الإستفادة من شيء مملوك للغير باستعماله واستغلاله لمدة معينة (فيبقى لمالك الرقبة حق التصرف)، بشرط المحافظة على أصل الشيء ومادته، ورده لصاحبه عند نهاية حق الإنتفاع (المواد 844 إلى 854 من ق.م)[1].

ثانيا : التصرف القانوني :

وهو التصرف الذي يرد على حق الملكية ذاته، أي على حق المالك ذاته، لا على الشيء محل هذا الحق، كما هو الشأن في سلطة التصرف المادي. وعلى ذلك، فإن الأصل أن المالك وحده له سلطة التصرف القانوني في الرقبة والمنافع، كسلطة من السلطات التي يخولها حق الملكية ؛ ومن ثم يعد تنازل المالك عن سلطة التصرف في الشيء تنازلا عن حق الملكية ذاته.[2] فإن الملكية هي أوسع الحقوق العينية جميعا، لأنها تعطي للمالك الحق الكامل على الشيء، فهو يستعمله ويستغله ويتصرف فيه كيف يشاء[3].

وعلى هذا، يقصد بالتصرف القانوني خاصة نقل ملكية الشيء كليا أو جزئيا، أو تقرير حق عيني عليه لمصلحة الغير، في ضوء الغاية الإقتصادية والإجتماعية للملكية ؛ سواء أكان هذا الحق من الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن حق الملكية، كتأجير الملك (م 467 وما يليها من ق.م)،

---

[1] - على المنتفع أن يستعمل الشيء بحالته التي تسلمه به، وبحسب ما أعد له، وأن يديره إدارة حسنة ؛ والمحافظة عليه وصيانته، وبرد هذا الشيء الذي تقرر عليه الإنتفاع إلى مالك الرقبة عند إنتهاء مدة الإنتفاع. راجع لاحقا حق الإنتفاع ضمن الحقوق المتفرعة عن حق الملكية.
أنظر **المحكمة العليا**، غ.م، 1997/11/19، ملف رقم 150100، م.ق، 1997، العدد2، ص 55 ؛ 1998/12/08، ملف رقم 187291 ؛ 1998/03/25، ملف رقم 179132 ؛ 1995/07/11، ملف رقم 136789.

[2] - **د. عبد المنعم البدراوي**، الحقوق العينية، ط3، 1968، ص 15 وما بعدها ؛ **د. عبد المنعم الصده**، الحقوق العينية الأصلية، فقرة 30 ؛ **د. رمضان أبو السعود**، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ص 28.

[3] - " من المقرر قانونا أنه لمالك الشيء في حدود القانون، حق إستعماله واستغلاله والتصرف فيه، مراعيا في ذلك ما تقضي به القوانين والمراسيم واللوائح المتعلقة بالمصلحة العامة أو بالمصلحة الخاصة..." **نقض مدني مصري**، 1980/05/14، طعن رقم 1213، س 49 ؛ 1973/12/20، م.أ.ن، س24، ص 1320.

وكالإنتفاع أو الإرتفاق (م 844 إلى 881 من ق.م) أو من الحقوق العينية التبعية، كالرهن أو الإختصاص... (م 882 و937 وما بعدها من ق.م).

ومن أعمال التصرف كأن يقوم المالك ببيع الشيء الذي يملكه، أو يقوم بهبته حال حياته (م 792 من ق.م)، أو الإيصاء به (م 775 من ق.م)، أو غير ذلك من التصرفات الناقلة للملكية ؛ وهي أعمال التصرف التي يتطلب القانون لقيامها صحيحة : الأهلية الكاملة أي بلوغ سن الرشد القانوني، والمحل المشروع، والتسجيل والشهر إذا انصبت على العقار (م 793 من ق.م).

والملكية كحق عيني أصلي، وفقا لما تخوله من سلطات قانونية للمالك، ولا سيما حق التصرف، تأبى أن تكون مؤجلة لفترة معينة كما رأينا سابقا ؛ وذلك لأن التأجيل يتعارض قانونا مع سلطة التصرف (م 674 و792 من ق.م).[1]

فإن **سلطة التصرف بنوعيه المادي والقانوني، هي التي تميز حقيقة حق الملكية عن غيره من الحقوق العينية الأخرى**، بل هي أهم عنصر من عناصر الملكية، وفقا لأحكام المادة 674 من ق.م ؛ إذ يمكن أن نتصور حق الملكية من دون إستعمال أو إستغلال (م 844 إلى 881 من ق.م). أما فقدان التصرف فهو شكل من أشكال فقدان الملكية، كما أن فقدان المالك لحق التصرف لمانع قانوني يمنع من ذلك، كالجنون أو العته أو الصغر أو الحجر للأسباب المحددة قانونا ؛ فإن ذلك من شأنه تجريد المالك عمليا من ملكيته.[2]

ومن ثم، **لا يجب الخلط ههنا بين أعمال التصرف**، وهي كما ذكرنا نقل ملكية الشيء أو إنشاء أي حق عيني عليه، التي يشترط فيها الأهلية الكاملة ؛ **وأعمال الإدارة** وهي إستغلال الشيء : كإيجار الأرض الزراعية المملوكة مثلا، والتي يتساهل القانون عادة في تحديد الأهلية اللازمة للقيام بها[3].

ونلاحظ بأنه قد يتنازل المالك عن حق الإستعمال وحق الإستغلال لشخص آخر، ويبقي لنفسه حق التصرف، فيقال لهذا الأخير **مالك الرقبة** ؛ أما

---

[1] - د. محمد سوار، حق الملكية في ذاته، ص 42.
[2] - المادة 42 و44 من ق.م، و81 وما بعدها من ق.أ.
[3] - د. محمد رشدي، أعمال التصرف وأعمال الإدارة في القانون الخاص، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، 1983، ص 20 وما بعدها.

الشخص الذي تنازل إليه المالك في هذه الحالة بتلك السلطات فيسمى صاحب حق الإنتفاع ؛ فيكون لصاحب الحق في الإنتفاع الإستئثار بسلطتي الإستعمال والإستغلال للشيء المنتفع به، مع إلتزامه بالمحافظة عليه، وبرده لمالك الرقبة عند انتهاء حق الإنتفاع لأنه حق عيني مؤقت (م 844 إلى 854 من ق.م).

وسلطة المالك في التصرف بنوعيه، المادي أو القانوني، مقيدة بقيود **قانونية كعدم التعسف أو المغالاة، وكذا عدم الإضرار بحقوق الغير** وفقا للقوانين والأنظمة واللوائح السارية المفعول ؛ كما أنه قد تتقيد سلطة المالك في التصرف بمقتضى ما يسمى بـ "**شرط مانع من التصرف**" إتفاقا أو قانونا[1].

فقد يفرض القانون قيود قانونية أو موانع مؤقتة لتقييد سلطة التصرف، ومن ذلك نص المادة 740 من ق.م التي تقضي بأنه : **لا يجوز للشركاء أن يطلبوا القسمة ما دامت ملكية الأسرة قائمة**، كما أن لا يجوز لأي شريك أن يتصرف في نصيبه لأجنبي عن الأسرة إلا بموافقة الشركاء جميعا. فإذا تملك أجنبي عن الأسرة حصة أحد الشركاء برضا هذا الشريك أو جبرا عليه، فلا يكون الأجنبي شريكا في ملكية الأسرة إلا برضا باقي الشركاء[2].

وجدير بالتنويه، أن **حق التصرف في الملكية العقارية الخاصة هو حق دستوري** كما رأينا سابقا، يضمنه ويحميه الدستور الجزائري والتشريعات العقارية الجزائرية، فلا يجوز المساس بحق ممارسة الملكية أو التعرض له[3]؛ **إذ يعتبر العقد الرسمي للملكية حجة لمحتوى الإتفاق المبرم بين الأطراف المتعاقدة وورثتهم الشرعيين وذوي الشأن.**

والحالة الوحيدة في القانون الجزائري التي توقف ممارسة هذا الحق، ومن ثم توقف تنفيذ العقد الرسمي، أي توقف التصرف في الملكية، ولو كان النزاع مطروحا أمام ساحات القضاء ؛ هي الطعن في العقد الرسمي الثابت للملكية

---

[1] - أنظر خوادجية حنان، قيود الملكية العقارية الخاصة، الرسالة المذكورة، ص 28 و74 وما بعدها.

[2] - راجع لاحقا ملكية الأسرة ضمن صور الملكية الشائعة.

[3] - المادة 22 و64 من دستور 2016، و52 من دستور 1996، و28 من القانون رقم 25/90 المتضمن التوجيه العقاري، و674 من ق.م.

بدعوى التزوير الأصلية (التي تتمثل في دعوى جزائية)، أو الفرعية (وهي إجراء مدني أثناء الدعوى يهدف إلى إثبات عدم صحة الوثيقة أو تزويرها).[1]

7- نطاق حق الملكية (L'étendue du droit de propriété)

نصت المادة 675 من ق.م في فقرتها الأولى على أن : " **مالك الشيء يملك كل ما يعد من عناصره الجوهرية** (Le droit de propriété de la chose comprend tout ce qui constitue un élément essentiel de cette chose)، **بحيث لا يمكن فصله عنه دون أن يفسد أو يتلف أو يتغير.**"

كما أشارت في فقرتها الثانية إلى أنه :" **تشمل ملكية الأرض ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد في التمتع بها علوا وعمقا** (La propriété emporte la propriété du dessus et du dessous). ويجوز بمقتضى القانون أو الإتفاق أن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها أو ما تحتها."

وعلى هذا ، فالمراد من نطاق الملكية هو محل الحق الذي تمارس فيه سلطات المالك، أي مداه ومجاله، ويتحدد هذا النطاق بالشيء ذاته الذي ترد عليه الملكية ؛ مما يستوجب قانونا تحديد حدود ومعالم الشيء محل الحق.

فإن مالك الشيء من حيث نطاق حق الملكية، وفقا لأحكام المادة 675 من ق.م، **يملك الشيء المملوك ذاته، بجميع العناصر الجوهرية المكونة له،** بما في ذلك **العين المملوكة، والأجزاء المكونة لها،** وما يلحق بالشيء من ملحقات، وما ينتج عنه من ثمار ومنتجات، سواء كان العقار أرضا أو بناء، طبقا للمادة 676 من ق.م ؛ بحيث لا يمكن فصله عنه دون أن يهلك أو يتلف أو يتغير.[2]

---

[1]- "من المقرر قانونا أن **العقود الناقلة للملكية العقارية تحرر وجوبا في الشكل الرسمي، إضافة إلى إجراءات الشهر العقاري** ؛ فإن الملكية في العقار تنتقل بالإشهار ؛ والعقد الرسمي حجة على كافة الناس، بما دون فيه من أمور، ما لم يتبين تزويره بالطرق المقررة قانونا."
راجع **المحكمة العليا**، غ.م، 2000/07/11، ملف رقم 242678، م.ق، 2001، العدد1، ص 196؛ غ.ع، 2009/11/12، ملف رقم 491615، إق.غ.ع، عدد خاص، 2010، ج3، ص240 ؛ 2009/11/12، ملف رقم 549408، إق.غ.ع، عدد خاص، 2010، ج3، ص231 ؛ تعليق أ. **بالعربية فاطمة الزهراء،** في المجلة نفسها، ص247 وما يليها ؛ 2008/10/15، ملف رقم 473702، المجلة نفسها، ص 227.

[2]-: "من المقرر قانونا ، أن **كل ما على الأرض أو تحتها، من بناء أو غراس يعد من عمل صاحبها، ويكون مملوكا له،** ما لم تقام البينة على أن شخصا أجنبيا أقام المنشآت على نفقته. ومن ثم، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون...".

فمالك الشيء يملك محل الشيء المملوك ذاته، بكل أجزائه وملحقاته وتوابعه ومنتجاته كما أشرنا سابقا، بحيث لا يمكن فصله عنه دون أن يهلك أو يتلف أو يتغير؛ فإن **ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها**، وفقا لأحكام المادة 675 و676 من ق.م. ومن ثم، يمنع على الغير الإعتداء على نطاق الملكية العقارية في العلو والعمق، باعتبارها من ملحقات وتوابع حق الملكية، إلا ما استثناه القانون أو الإتفاق (La propriété du dessus et du dessous est considérée comme l'accessoire du droit de propriété).[1]

فقد نصت المادة 98 من القانون رقم 12/05 المؤرخ في 2005/09/04 المتعلق بالمياه أنه : "يحق لكل مالك إستعمال مياه الأمطار التي تسقط على أرضه والتصرف فيها."[2] كما أن المادة 91 من القانون رقم 07/04 المؤرخ في 2004/08/14 المتضمن قانون الصيد، تخول للمالك الحق في منع الإعتداء على نطاق ملكيته العقارية الخاصة في منع الغير من الإصطياد فوق أرضه دون موافقته تحت طائلة المتابعة الجزائية[3].

فمن يملك فيلا مثلا، وهي من العقارات، يملك الأرض المقامة عليها، وكل ما هو داخل هذه الأرض وما خارج هيكلها، من جدران وأسقف وأعمدة وأبواب وشبابيك ونوافذ، وكذا سندات الملكية، والأفران وخزانات المياه المثبتة بها، وأجهزة الإضاءة والتسخين وتكييف الهواء، والأدوات الصحية، ونافورة الماء، وجاراج السيارة.

1- : كل من ملك أرضا، ملك ما فوقها وما تحتها، إلى الحد المفيد في التمتع بها علوا وعمقا، بما لا ضرر فيه للغير؛ إلا إذ نص القانون أو قضى الإتفاق بغير ذلك."
أنظر المحكمة العليا، غ.م، 1989/11/20، ملف رقم 52627، م.ق، 1990، العدد4، ص 150؛ تمييز مدني أردني، 1997/07/03، ملف رقم 97/1059، م.ن.م، 1997، ج1، ص 15؛ 1995/11/19، ملف رقم 94/1579، المرجع نفسه، 1995، ص 1317؛ وراجع ملف رقم 99/3213، 2001، ص 1535؛ محكمة تمييز دبي، 2008/06/10، رقم 2007/87، م.ف، 18، ج1، 693.

Voir. L'Art 552/1 C.Civ.Fr ; Cass.Civ, 3°, 12/07/2000, JCP, 2001, 1, 1305 ;
26/11/1974, Bull.Civ, 111, N° 441 ;Paris, 25/09/1997, D, 1998, Somm, 343 ;
G.Goubeaux, La règle de l'accessoire en droit privé, Thèse, Nancy, LGDJ, 1969, P
32 et s ; Simler (Ph), Copropriété et propriété en volume, antinomie ou symbiose,
Mél. P. Catala, Litec, 2001, 179.

2- الجريدة الرسمية، العدد 60، لسنة 2005.
3- الجريدة الرسمية، العدد 51، لسنة 2004.

ومن يملك سيارة مثلا، وهي من المنقولات، يعد مالكا لهذه السيارة المحددة ذاتها، وكل أجزائها وملحقاتها وتوابعها، لأن كل جزء يعد من العناصر الأساسية لها؛ كسندات الملكية، والرخصة، وبوليصة التأمين، وأجهزة التكييف، والمذياع والمسجلة، وكذا الأدوات المعدة لإصلاح السيارة، كالإطار الإحتياطي ورافع السيارة.

أ- عناصر الشيء الجوهرية :

نصت المادة 1/675 من ق.م على أن : "**مالك الشيء يملك كل ما يعد من عناصره الجوهرية، بحيث لا يمكن فصله عنه، دون أن يفسد أو يتلف أو يتغير**".

فإن مالك العقار مثلا، يملك الأرض وكذا جميع الأجزاء المكونة لها، بنفس السبب الأصلي (Le droit de propriété de la chose comprend tout ce qui constitue un element essentiel de cette chose)، أي أن يملك كل ما هو مندمج في البناء من منشآت أو غراس وأشجار من الأسفل إلى الأعلى؛ فتعد من العناصر الجوهرية التي يشملها حق الملكية لهذا البناء، من جدران وسقوف والأعمدة والشبابيك...، ويكون ذلك مملوكا لصاحبه، وفقا لمقتضيات المادة 1/675 من ق.م.

وهو ما أكده المشرع الجزائري في نص المادة 782 من ق.م من أن : **كل ما على الأرض أو تحتها، من بناء أو غراس أو منشآت أخرى، يعتبر من عمل صاحب الأرض أقامه على نفقته ويكون مملوكا له**؛ ما لم تقام البينة على أن أجنبيا أقام البناء على نفقته.[1]

وعلى ذلك، يجيز القانون المدني الجزائري للجار أن يلزم جاره الملاصق له على وضع الحدود الفاصلة بين أرضه وأرض الجار، بوضع علامات ظاهرة لتحديد نطاق ملكيته العقارية، كإقامة حائط أو أوتاد حديدية أو خشبية على حدود ملكه؛ وكذا طلب الإسهام معه في بناء حائط مشترك فاصل بين الأرضين أو إصلاحه (م 703 و706 من ق.م).

---

[1] - المحكمة العليا، غ.ع، 1989/11/20، ملف رقم 52627، م.ق، 1990، العدد4؛ 2001/02/28، ملف رقم 207261؛ 1993/05/26، ملف رقم 96819؛ 1988/10/26، ملف رقم 48167، م.ق، 1990، العدد3؛ 1983/04/27، ملف رقم 26244.

وغالبا في الحياة العملية يتم وضع الحدود بالتراضي بين الجيران، فإذا امتنع أحدهما جاز للآخر رفع دعوى قضائية للمطالبة بوضع الحدود وتحديد الحد الفاصل بين أرضه وأرض جاره لتحديد نطاقها المادي؛ ولا تسقط هذه الدعوى بالتقادم طالما بقي الإشكال قائما بينهما. وتكون نفقات التحديد مناصفة بين الجارين، ولا يعتد في حساب تلك النفقات بمساحة أرض كل منهما[1].

فإن **ملكية الأرض (أي العقار)، تشمل سطح الأرض، وما فوقها، وماتحتها إلى باطن الأرض إلى الحد المفيد الذي يصلح للإستعمال،** يسمح للمالك في التمتع بها علوا أو عمقا ؛ ومن ثم حق المالك في العلو والعمق للعين المملوكة (La propriété du sol cemprend celle du dessus en hauteur et du dessous en profondeur)[2]، بما في ذلك الحق في الملحقات والثمار والمنتجات كما أشرنا ؛ **غير أنه يجوز بمقتضى القانون أو الإتفاق الحد من نطاق الملكية، بأن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها أو ما تحتها، أو تكون مقصورة على سطح الأرض دون ما فوقها إلى إرتفاع معين وما تحتها إلى عمق محدود، بما يتفق مع ما للملكية** من وظيفة إجتماعية وفقا للضرورات التي تقتضيها المصلحة العامة[3].

فالأصل أن ملكية الأرض تشمل ما فوقها من الفضاء وما تحتها من أعماق، ومن ثم يقع على من يدعي غير ذلك عبء إثبات ما يدعيه، لأنه يدعي خلافا للأصل ؛ فإن ملكية العلو أو السفل لا تقيم قرينة على ملكية السطح، فمن يدعي ملكية السطح وجب عليه إثبات ذلك.[4] إذ يجوز أن تكون ملكية السطح منفصلة عن ملكية ما فوقها أو ما تحتها بمقتضى القانون أو الإتفاق وفقا للمادة 2/675 من ق.م، فقد يخول مالك الأرض الغير

---

[1] - المادة 703 من ق.م.

[2] - نقض مدني فرنسي، 1، 1965/05/24، Bull Civ، 1، رقم 335 ؛ 3، 1983/11/03، Gaz Pal. 1984، 1، 77، ملاحظات الأستاذ Piedelièvre ؛ 1982/02/03، دالـوز، 1983، IR، 14، تعليق الأستاذ Robert ؛ 1978/11/08، Bull Civ ، 3، رقم 340.

[3] -Cf.Weill (A), Terré (F), Simler (Ph), Droit civil, Les Biens, N° 204 et s.

[4] - المحكمة العليا، غ.ع، 1994/02/07، ملف رقم 113840 ، م.ق، 1994، العدد2، ص 158.

حق البناء على أرضه، وهو بذلك يفصل ملكية الأرض الثابتة له عن ملكية البناء الثابتة للغير[1].

فمن ملك محلا مثلا، يملك ما فوق هذا المحل إلى السماء، وما تحته أيضا إلى العمق، إذا لم يكن ما فوقه، وما تحته ملكا للغير؛ وهي حدود الملكية المتعلقة بالعلو إلى عنان السماء والعمق إلى ما تحت الأرض؛ وهو ما ذكره فقهاء الشريعة الإسلامية أيضا[2].

فإنه يجوز بمقتضى القانون أو الإتفاق، أن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها أو ما تحتها؛[3] كأن يتفق مالك الأرض مع آخر يجيز له إقامة بناء أو منشآت على هذه الأرض، بحيث يكون البناء مملوكا لشخص والأرض مملوكة لشخص آخر؛ ويسمى حق الشخص فوق السطح بحق السطحية أو حق القرار أو حق العلو (Droit de Superficie)، وهو حق عيني أصلي مؤقت يتفرع عن الملكية، يمكن تأقيته بمدة معينة ينتهي بإنقضائها.[4]

ب- ما يتفرع عن الشيء :

نصت المادة 676 من ق.م، على أنه : **"لمالك الشيء الحق في كل ثماره ومنتجاته وملحقاته، ما لم يوجد نص أو إتفاق يخالف ذلك"**.

وعلى ذلك، يشمل حق الملكية أيضا في القانون المدني الجزائري، ما يتفرع عن الشيء من ثمار ومنتجات وملحقات، بأن ينتفع مالك الشيء وحده بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها ونتاجها.

وتبرز الأهمية القانونية للملحقات (وهي كل ما أعد بصفة دائمة لإستعمال الشيء، تبعا لما تقضي به طبيعة الأشياء، والعرف الجاري في

---

[1] - المادة 3/675 و3/803 من ق.م.
وتقابلها المادة 552 مدني فرنسي، و769 مدني سوري، و1049 مدني عراقي، و2/1019 مدني اردني، و812 مدني كويتي، و812 مدني ليبي، و2/1134 مدني إماراتي، و213 قانون الملكية العقارية اللبناني.

[2] - المادة 1194 من مجلة الأحكام العدلية : د. احمد حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ص 112.

[3] - المحكمة العليا، غ.م، 1994/02/07، ملف رقم 113840، م.ق، 1994، العدد2، ص 158.

[4] - نقض مدني مصري، 1994/10/25، م.ا.ن، س42، ج2، ص1317 : نقض مدني فرنسي، 1834/02/13، سيري، 1834، 1، 205، التعليق على القرارات الكبرى، ج1، رقم 60. راجع لاحقا حق السطحية او حق القرار، ضمن الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن حق الملكية.

المنطقة، وقصد المتعاقدين)، في تبعيتها القانونية للشيء المملوك عند التصرف فيه ؛[1] كالعقار بالتخصيص وحقوق الإرتفاق. ومن المعلوم أن تنفيذ الإلتزام يشمل أداء الشيء الذي تعهد المتعاقد بتسليمه بعينه، وبكل مستلزماته وملحقاته التي يقررها القانون أو العرف وطبيعة الإلتزام (م 106 و107 و164 و676 من ق.م).[2]

فإن حق الإرتفاق (Les servitudes) في القانون المدني الجزائري، هو حق تابع يتبع العقار المرتفق المخدوم، ولا ينفصل عنه (Caractère accessoire)، وكل تصرف يرد على هذا العقار يشمله باعتباره من ملحقاته، فينتقل مع العقار إلى من تنتقل إليه ملكية العقار (م 807 وما بعدها من ق.م).[3] فلا ينتقل هذا الحق إستقلالا، بل ينتقل مع العقار المرتفق بملحقاته، باعتباره حقا تابعا له من الناحية القانونية ؛[4] ولصاحب حق الإرتفاق السلطة على العقار الخادم، يحتج بها في مواجهة جميع من تنتقل إليهم ملكية هذا العقار.[5]

ت- ملكية ما فوق الأرض وما تحتها :

تشمل الملكية وفقا لما نصت عليه المادة 2/675 و3 من ق.م، "ملكية ما فوق الأرض وما تحتها، **إلى الحد المفيد في التمتع بها، علوا وعمقا.** ويجوز بمقتضى القانون أو الإتفاق أن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها وما تحتها".

وعلى هذا، تكون **الاستفادة من العلو** عن طريق إستغلال النور والهواء، واستعمال الفراغ الذي يعلو أرض المالك من خلال البناء أو الزرع،

---

1 - د. بلحاج العربي، أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، دار هومه، الجزائر، ط2، 2015، ص 66 وما بعدها.

2 - المحكمة العليا، غ.م، 1982/02/07، ملف رقم 26500، م.ق، 1989، العدد1، ص 165؛ 1987/12/07، ملف رقم 45658، م.ق، 1994، العدد4، ص 61.

3 - فلا يجوز بيع أو رهن حق الإرتفاق، ولا حجزه مستقلا عن العقار المرتفق، باعتباره حقا تابعا؛ إستئناف أميان (Amiens)، 1953/07/08، دالوز، 1953، 760.
Voir Weill (A),Terré (F), Simler (Ph), Les Biens, op. cit, N° 796 et 800.

4 - المحكمة العليا، غ.م، 1978/06/03، ملف رقم 49799، م.ق، 1990، العدد3، ص 33؛ نقض مدني مصري، 1977/05/10، س 28، ص 1158.

5 - راجع لاحقا حق الإرتفاق ضمن الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن حق الملكية.

وهي تكون في حدود المعقول بعدم الإضرار بالمصلحة العامة ؛ أي بالقدر الذي يستطيع أن يستخدمه. فليس للمالك مثلا منع إقامة الأسلاك الكهربائية أو الهاتفية فوق أرضه، أو منع تحليق الطائرات في الأجواء التي تعلو الملكية، بما يضر الملاحة الجوية في المناطق القريبة من المطارات ؛ أو منع فتح المطل للجار، أو منع حقوق الجوار الملاصق من حق المرور، أو حق المجرى أو حق المسيل فوق سطح أرضه بصفة تعسفية ؛ فليس للمالك أن يمنع مثل هذه الأعمال المقررة للمصلحة العامة أو الخاصة ومسايرة تطور المجتمع.[1]

كما أنه بالنسبة لملكية العمق، يمتد نطاق الملكية إلى باطن سطح الأرض المملوكة، أي إلى ما تحت العقار من أعماق وطبقات، فللمالك تملك العمق في الحدود التي تحقق له الإنتفاع فعليا بأرضه ؛ كغرس الأشجار وحفر الآبار ومد الأنابيب والقيام بالحفريات لبناء يقيمه فوق الأرض، واستغلال ما في باطن أرضه دون الإضرار بالغير ؛ وله حق المطالبة بإصلاح الضرر اللاحق بملكيته وبالتعويض من جراء الأنبوب الذي يمر تحت أرضه،[2] وله أيضا أن يمنع غيره من إستخدام هذا العمق، كأن يطالب بقطع جذور أشجار الجار التي امتدت إلى باطن أرضه.[3] وتحديد جسامة الضرر، وتقدير التعويض، هي مسائل تخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، غير أنه يستوجب عليهم قانونا تبيان العناصر المعتمدة لتقدير التعويضات في أحكامهم[4].

ومع ذلك، ليس للمالك قانونا حق معارضة، ما تقوم به الدولة من أشغال عمومية تحت سطح أرضه على مسافة من العمق، كوضع قنوات مجاري المياه، أو مد أنابيب الغاز تحت أرضه، لضرورات المصلحة العامة، وفقا لإجراءات نزع الملكية العقارية الخاصة من أجل المنفعة العمومية،

---

[1] - زرارة عواطف، عدم التعسف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة، الرسالة المذكورة، ص 31 وما بعدها.

[2] - المحكمة العليا، غ.م، 1989/11/15، ملف رقم 56493.

[3] - د. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، ص 34.

[4] - المحكمة العليا، غ.م، 1994/05/24، ملف رقم 109568 ؛ 1989/02/08، ملف رقم 58012، م.ق، 1992، العدد2.

مقابل تعويضات عادلة ومنصفة مسبقة يحصل عليها من جراء نزع الملكية، وفقا لأحكام القانون رقم 11/91 المؤرخ في 1991/04/27 المتعلق بنزع الملكية للمنفعة العمومية، والمرسوم التنفيذي رقم 86/93 المؤرخ في 1993/07/27 المتضمن كيفيات تطبيق القانون رقم 11/91.[1]

وجدير بالتنويه، أنه تبقى **مسألة تحديد الحد المفيد في التمتع بالملكية علوا وسفلا** (jusqu'à la limite utile à la jouissance) التي أوردها المشرع الجزائري في المادة 2/675 من ق.م، لتحديد مدى العلو والعمق الذي يدخل في نطاق الملكية والذي يخرج عنه ؛ هي أمر متروك لتقدير قضاة الموضوع، لأن تحديد الحد المفيد في التمتع بالملكية علوا وعمقا ليس أمرا ثابتا.

ويجوز الإتفاق وفقا للمادة 3/675 من ق.م على تملك ما فوق سطح الأرض مستقلا عن السطح بالإتفاق بين الطرفين، أو تملك ما تحت الأرض من دهاليز ومستودعات، مع إحتفاظ المالك بملكية السطح.

وقد يحصل أن تنفصل ملكية سطح الأرض عن ملكية ما تحتها بتشريعات خاصة ؛ كالقوانين المتعلقة بالمعادن والمناجم والمحاجر مثلا. وقد أورد القانون الجزائري مع ذلك، بعض الإستثناءات المهمة المتعلقة بعمق ملكية العقار نذكر منها على الخصوص، حكم الكنوز، وحكم المعادن الثمينة المركوزة تحت سطح الأرض ؛ وهو ما سنعرض فيما يلي :

أولا : حكم الكنوز :

إن الكنز كأصل عام **يعد مملوكا لمالك السطح الذي وجد الكنز مدفونا في أعماق أرضه**، ولكن يجب عليه دفع الخمس لبيت المال (الخزينة العامة) في الشريعة الإسلامية، **مع مراعاة القيود القانونية النظامية الخاصة بالآثار التاريخية القديمة التي هي ملك للدولة أي ملك للمجموعة الوطنية**، ولا تعتبر بأي حال ملكية خاصة.

---

[1] - المادة **63** من القانون رقم **01/02** المؤرخ في 2002/02/05، المتعلق بالكهرباء وتوسيع الغاز بواسطة القنوات ؛ راجع الجريدة الرسمية، العدد8، لسنة 2002. وراجع القانون رقم 17/83 المؤرخ في 1983/07/16 المتضمن قانون المياه.

فقد نصت المادة 16 من الأمر رقم 281/67 المؤرخ في 1967/12/20 المتعلق بالحفريات وحماية الأماكن والآثار التاريخية الوطنية، على أنه يجب على من عثر على البقايا القديمة أو الأشياء الأثرية ؛ وكذا على صاحب العقار الذي تم فيه العثور أن يصرحا بذلك حالا إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي الذي يخبر بهذا العثور مدير الدائرة الأثرية وعامل العمالة الذين يعلمان الوزير المكلف بالقطاع.

وإذا كانت الكنوز موجودة في أرض مباحة، ليست ملكا لشخص أو لبيت المال أو لأوقاف، فإن من حازها فعلا تكون ملكا خاصا له لسبق يده إليها، لأنه حازها بالإستيلاء أو الإحراز باعتبارها مالا مباحا لا مالك لها.[1]

وأما بالنسبة للكنوز التي تكتشف في أرض مملوكة للدولة، فإنها تكون مملوكة لها، وأما تلك التي يعثر عليها في أرض موقوفة فإنه تكون لجهة الوقف.

ثانيا : حكم المعادن الثمينة :

وهي الموارد الطبيعية المركوزة في باطن الأرض، كالنفط والغاز والذهب والنحاس والفضة والرصاص والحديد والكبريت والزئبق وغيرها... : فإنها إذا وجدت في الأرض المملوكة ملكية خاصة، تكون مملوكة للدولة، يفوض أمرها لتقدير الحاكم تبعا لما يراه من مصلحة الجماعة. وقد نظم القانون الجزائري، بقوانين خاصة الأمور المتعلقة بالمعادن والمناجم والكنوز الأثرية (وهي ما يسمى بـ "الركاز" في الفقه الإسلامي)، وكذلك الحق في صيد البحر والبر، وأحكام اللقطة في الأشياء الأثرية والبقايا التاريخية القديمة.

وفي هذا نصت القوانين والأنظمة الجزائرية الخاصة المتعلقة بالمعادن والمناجم والمحروقات من أنه : **تعتبر جميع الثروات الطبيعية المركوزة في باطن الأرض، أو في ظاهرها، أو في المياه الإقليمية، هي ملك للدولة الجزائرية، وفقا لما يبينه القانون.**

---

[1] - راجع لاحقا الإستيلاء كسبب من أسباب كسب الملكية.

وعلى هذا الأساس، فإن جميع المعادن التي توجد في باطن الأراضي الجزائرية والمياه الإقليمية لها، تعتبر من أملاك الدولة الجزائرية، ولو وجدت في أرض مملوكة، وينظم ذلك بقوانين وأنظمة خاصة، حرصا على مصلحة الاقتصاد الوطني؛ وهذا بموجب أحكام القانون رقم 06/84 المؤرخ في 1984/01/07 الذي ينظم **الأنشطة المنجمية**، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10/01 المؤرخ في 2001/07/03،[1] والأمر رقم 10/06 المؤرخ في 2006/07/20 المتعلق بالمحروقات، الذي يعدل ويتمم القانون رقم 07/05 المؤرخ في 2005/04/28.[2]

والأصل في الفقه الإسلامي فيما يتعلق بملكية الموارد الطبيعية، أن **من يملك الأرض يملك طبقاتها، سواء أكانت ظاهرة أم باطنة، لأن المعادن أجزاء من الأرض**؛[3] فإن رأى الحاكم منع الناس من تملكها، لسبب يراه مناسبا، فإن ذلك سائغ فقها بشرطين مهمين لدى فقهاء المالكية، الأول: أن يكون ذلك المنع في مصلحة الدولة عموما، والثاني أن يجعل ريع هذه الموارد الطبيعية لأهل تلك الدولة.[4]

إن المعادن الموجودة في غير الأرض التابعة لبيت المال (الحكومة أو الدولة)، لا تتبع الأرض التي هي فيها، بل هي لجميع المسلمين لتحقيق الصالح العام، وللحاكم أن يقتطعها لأحد من الناس إنتفاعا لا تمليكا، بما يراه مصلحة لهم بعوض أو بغير عوض؛[5] فهو حق ثابت للدولة على واجدها فتكون للمسلمين جميعا، نظرا لضرورتها الخاصة لدفع الإقتصاد الوطني وتطويره.[6]

---

1 - الجريدة الرسمية، العدد 35، المؤرخة في 2001/07/04.

2 - الجريدة الرسمية، العدد 48، المؤرخة في 2006/07/30.

3 - ومن ثم، قال جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة، بان اقتطاع المعادن الطبيعية التي لا غنى للمسلمين عنها غير جائز. أنظر **الكاساني**، البدائع، ج6، ص 423؛ **الشيرازي**، المهذب، ج1، ص462؛ ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، ج5، ص251؛ **الشربيني**، نهاية المحتاج، ج5، ص 249.

4 - راجع حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج1، ص487.

5 - د. بلحاج العربي، الوسيط في شرح الحقوق العينية في ضوء قواعد الفقه الإسلامي والأنظمة السعودية والإجتهادات القضائية، المرجع المذكور، ص 70 وما بعدها.

6 - د. خالد الهولي، ملكية الموارد الطبيعية في الفقه الإسلامي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، يونيو 2013، العدد2، ص 147 وما بعدها؛ د. أحمد حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ص 43 وما يليها.

وهو ذهبت إليه القوانين والأنظمة الجزائرية الخاصة، من أن الدولة تقوم **باستثمار المعادن والمناجم والموارد الطبيعية لتحقيق المصلحة العليا** للوطن، ووضع أموالها في خدمة التنمية الاقتصادية المستدامة، وزيادة الإنتاج ورفع مستوى المعيشة وتحقيق الرخاء للمواطنين، فهي تعتبر من أملاك الدولة ولا تعتبر بحال ملكية خاصة؛ غير أن مصلحة الدولة تجيز لها الخروج عن هذا الأصل بالتعهد لمن يستثمر هذه الموارد الطبيعية دون أن يتملكها عن طريق ما يسمى بعقود الإمتياز أو عقود الإستثمار.[1]

8- القيود الواردة على حق الملكية :

تقضي المادة 674 من ق.م بأنه : **يستوجب على المالك أن يراعي في استعمال حقه ما تقضي به القوانين والأنظمة واللوائح**؛ بأن يمارس حقه في حدود التشريعات الجاري بها العمل، مراعيا في ذلك القيود القانونية المتعلقة بالمصلحة العامة أو بالمصلحة الخاصة عملا بأحكام المادة 690 من ق.م، وألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الغير وفقا للمادة 691 من ق.م.[2]

وعلى ذلك، فإن القيود القانونية التي ترد على حق الملكية هي قيود نظامية ينظمها القانون، وكذا التشريعات الخاصة الواردة في القوانين والأنظمة والمراسيم واللوائح السارية المفعول؛ وهذا لحماية الملكية العامة، وكذا الملكية العقارية الخاصة ذاتها، وتمكينها من تحقيق وظيفتها الإجتماعية للوصول إلى أهداف المجتمع الإقتصادية والإجتماعية.

فقد نصت المادة 80 من دستور 2016 الجديد،[3] على أنه : **"يجب على كل مواطن أن يحمي الملكية العامة، ومصالح المجموعة الوطنية، ويحترم ملكية الغير".**

1- انظر لمين **شريط**، حق السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية، د.م.ج، الجزائر، 1985، ص 20 وما بعدها.

2- : من المقرر قانونا، أنه يجب على المالك أن يراعي في استعمال حقه ما تقضي به التشريعات الجاري بها العمل، والمتعلقة بالمصلحة العامة أو المصلحة الخاصة؛ وأن لا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار، إذ يجوز للجار أن يطلب من جاره إزالة المضار إذا تجاوزت الحد المألوف وفقا للمادتين 690 و691 من ق.م...".
المحكمة العليا، غ.م، 1997/06/25، ملف رقم 148810، م.ق، م.ق، 1997، العدد 1، ص 190؛ 1992/06/16، ملف رقم 90943، م.ق، 1995، العدد 1.

3- القانون رقم 02/16 المؤرخ في 2016/03/06، المتضمن التعديل الدستوري.

ومن ثم، فإن الملكية في القانون الجزائري ليست حقا مطلقا لأحد، بل هي تؤدي وظيفة إجتماعية، يستوجب على المالك القيام بها ؛ ويحميه القانون ما دام في الحدود القانونية المرسومة ؛ ويترتب على ذلك أنه : إذا خرج المالك عن حدود الجواز، فلا يعتبره القانون مستحقا لحمايته ؛ كما أنه حيث يتعارض حق الملكية مع مصلحة عامة، فالمصلحة العامة هي التي تقدم.[1]

فهي حدود نظامية مفروضة على حق الملكية الخاصة، لا يجوز للمالك تجاوزها، وهدفها هو تحقيق المصلحة العامة (كقيود البناء، وعدم مجاوزة المالك للحدود المادية لملكه، وقيود الإرتفاق، وقيود نزع الملكية للمنفعة العامة مقابل تعويض عادل وفقا للقانون، والإستيلاء الإداري المؤقت في الأحوال المقررة قانونا، وقيود قوانين الآثار التاريخية، والقيود المتعلقة بالمحال المقلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة...) ؛ أو المصلحة الخاصة المتعلقة بغيره من الأفراد (كعدم التعسف في استعمال حق الملكية، وعدم الإضرار بملك الجار، وكذا القيود المتعلقة بالري...) ؛ وهي أمور قانونية تنظيمية جائزة، لا تؤثر في الحقيقة على قيام حق الملكية وبقائه قانونا.[2]

إن سلطات المالك الممكنة تتم في حدود القانون، وفقا لمقتضيات المواد 674 و690 و691 من ق.م، فهي ليست مطلقة بل هي مقيدة بما يقرره القانون، سواء كان تشريعا أو عرفا أو أية قاعدة قانونية أيا كان مصدرها.

وهذه القيود القانونية في القانون الجزائري هي : إما قيود قانونية مصدرها النص القانوني، أو إتفاقية باتفاق الأطراف بمقتضى شرط إرادي يتضمنه التصرف القانوني لحماية مصلحة مشروعة (كالشرط المانع من التصرف).[3]

---

[1] - راجع د. فاضلي إدريس، نظام الملكية ومدى وظيفتها الإجتماعية في القانون الجزائري، المرجع المذكور، ص 79 و259 و260 و261 وما بعدها ؛ د. منذر الفضل، الوظيفة الإجتماعية للملكية الخاصة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، د.م.ج، الجزائر، 1988، ص 10 وما بعدها ؛ خوادجية حنان، قيود الملكية العقارية الخاصة، الرسالة المذكورة، ص 24 و26 و30 وما بعدها ؛ زرارة عواطف، عدم التعسف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة، الرسالة المشار إليها، ص 35 وما بعدها.

[2] - نقض مدني مصري، 1997/07/12، طعن رقم 4338، م.أ.ن، س 48، ص 1114 ؛ 1994/01/26، طعن رقم 2336، س54، ص 248 ؛ 1980/04/24، س 31، ص 1320 ؛ 1973/12/20، م.أ.ن، س24، ص 192 ؛ 1969/02/04.، رقم 56، س 20، ص 247.

[3] - راجع هنا : ابحاث الملتقى الوطني حول الملكية العقارية الخاصة والقيود الواردة عليها في التشريع الجزائري، جامعة قالمة، 25 و26 سبتمبر 2013.
Voir Ranouil V et Caron C, Propriété, éléments, caractères et limitations, J-Cl Civ, Fasc 10.

ومن بين القيود القانونية الواردة على حق الملكية (Les restriction au droit de la propriété) في القانون الجزائري نذكر على الخصوص ما يلي :

أولا : القيود الواردة على حرية التملك.

ثانيا : القيود الواردة على حق الملكية ذاته.

ونعرض فيما يلي لكل نوع من هذه القيود بشيء من التفصيل :

أولا : القيود الواردة على حرية التملك

القاعدة العامة في القانون الجزائري في مجال الملكية العقارية، هي حظر تملك الأجانب للعقارات، وهذا بغرض حماية أرض الوطن التي تقوم عليها سيادة الدولة برمتها، من أن تتسرب لغير أبنائه من الأجانب ؛ فالأرض يجب أن تبقى في يد أبناء الوطن من المواطنين الجزائريين، غير أنه يجوز للأجانب تملك المنقولات كأصل عام إلا ما استثناه القانون بنصوص خاصة.[1]

ونقسم هذه القيود إلى قسمين أساسيين : قيود ترد على على حق الأجنبي في التصرف في عقاره، وقيود ترد على الأشخاص الاعتبارية للتملك :

أ- القيود التي ترد على حق الأجنبي في التملك :

نعالج القيود التي ترد على حق الأجنبي في التملك من خلال عرض أولا : أحكام الرخصة المسبقة الخاصة بالأجنبي من أجل شراء العقارات بالجزائر ؛ وكذا التطرق ثانيا : للحماية والضمانات القانونية المقررة لملكية المستثمر الأجنبي، وفقا للإصلاحات التشريعية والإقتصادية الجارية في الجزائر.

أولا : الترخيص المسبق

نظم القانون الجزائري الأحكام المتعلقة بتملك غير الجزائريين للعقارات، سواء كانوا أشخاصا طبيعيين أم اعتباريين، بما فيها الأراضي الفلاحية (وما في حكمها من الأراضي القابلة للزراعة، وأراضي البور،

---

[1]- أنظر د. مصطفى ياسين، أحكام ملكية الأجانب المادية والمعنوية، دار الكتاب القانوني، الإسكندرية، 2009 ،ص 10 وما بعدها.

والأراضي الصحراوية...)، وكذا الأراضي المعدة للبناء، والعقارات بالحد من حرية تصرف الأجانب في تملك العقارات في الجزائر؛ وقام هذا الحظر الملكية التامة، كما يشمل ملكية الرقبة أو حق الانتفاع، ويشمل وفق ما تقتضيه المصلحة العامة الوطنية للبلاد.

غير أنه يسمح للأشخاص الطبيعيين الأجانب غير الجزائريين، المقيمين في الجزائر إقامة نظامية شرعية، بما يتفق مع المعاهدات والإتفاقيات الإقليمية أو الدولية التي وقعت عليها الجزائر؛ بشراء وتملك العقارات لمسكنهم الخاص هم وذويهم، وكذا التصرف في عقاراتهم لمن يريدون ذلك بترخيص مسبق من الوالي المختص إقليميا لإتمام المعاملات العقارية؛ وهي الرخصة المسبقة للتعامل في العقار المقررة في حق الأجانب[1].

والحقيقة أنه ما تزال الشروط التفصيلية الشكلية والموضوعية، والقيود النظامية العامة المتعلقة بالرخص المسبقة الخاصة بتملك العقار لغير الجزائريين، وتصرف الأجانب في عقاراتهم، تحتاج لصدور مرسوم جديد برؤية واضحة ومتكاملة، لسد الفراغ الحالي الذي تنازعته إجتهادات مختلفة من قبل الجهات التنفيذية أو حتى القضائية المعنية بتنفيذ المراسيم الجاري بها العمل هنا وهناك، وضرورة تكييفها مع الإصلاحات الجديدة على مستوى التشريعات والقوانين واللوائح، خاصة فيما يتعلق بالحماية القانونية المقررة لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر.[2]

وجدير بالذكر في هذا الشأن، أن إكتساب الأراضي الصحراوية عن طريق الإستصلاح، وفقا للمادتين 3 و5 من القانون رقم 18/83، مقصور على المترشحين من حاملي الجنسية الجزائرية بالنسبة للأشخاص الطبيعية؛ أما

---

[1] - وهي القيود المتعلقة بحرية تصرف الأجانب في المعاملات العقارية التي نظمها المرسوم رقم 15/64 المؤرخ في 1964/01/20، المعدل بالمرسوم رقم 30/72 المؤرخ في 1972/01/21؛ ويبقى إستصدار هذه الرخصة المسبقة مقيدا بحق الشفعة الإداري وفقا لأحكام المرسوم رقم 344/83 المؤرخ في 1983/05/22.

[2] - أنظر خوادجية حنان، قيود الملكية العقارية الخاصة، الرسالة المذكورة، ص 48 وما بعدها؛ جبار محفوظ، فرص الإستثمار في سوق رؤوس الأموال الجزائرية، مجلة العلوم الإقتصادية وعلوم التسيير، 2001، العدد1، ص 108 وما بعدها.

بالنسبة للشخص المعنوي فيشترط أن يكون أعضاؤه المساهمون جزائري الجنسية. وفي هذا في الحقيقة عدم إنسجام مع الإصلاحات التشريعية والقانونية الحالية لجلب واستقطاب الإستثمار الأجنبي، وهو تراجع يقصي المستثمرين الأجانب للمساهمة في التنمية الفلاحية بصفة فعلية.[1]

هذا، وللمثليات الأجنبية والهيئات الدولية والإقليمية المعتمدة بالجزائر، وعلى أساس مبدأ المعاملة بالمثل، تملك العقار المقام عليه المقر الرسمي للسفارة أو القنصلية الأجنبية، ومقر السكن لرئيسها وأعضائها، بشرط الحصول على ترخيص من وزارة الخارجية.

ثانيا : الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي

يجوز للأجنبي المستثمر في الجزائر، وفقا لإجراءات وشروط نظامية معينة تملك العقارات الصناعية أو التجارية المبنية، اللازمة لمزاولة النشاط الإقتصادي التجاري الخاص؛ المرخص به من طرف السلطات الجزائرية المختصة بغرض جلب الإستثمار الأجنبي في الجزائر. وهذا وفقا للأحوال والشروط الواردة على تملك الأجنبي للعقارات الصناعية في **التشريعات المتعلقة بترقية الإستثمار وتطويره**؛[2] من خلال توفير كل الضمانات القانونية والمالية والإجرائية للعمل الإستثماري الناجح، وتقرير أحكام تضبط الممارسات الإستثمارية الحقيقية، واشتراط عدد من التدابير التي يستوجب مراعاتها، بما ينعكس إيجابا بصفة فعلية على الإقتصاد الوطني برمته.[3]

وقد أجاز الأمر رقم 08/06 المؤرخ في 2006/07/15 المتعلق بتطوير الإستثمار،[4] للمستثمر الأجنبي غير الجزائري المرخص له بمزاولة نشاط

---

[1] - محي الدين عواطف، الملكية الخاصة للعقار الفلاحي من خلال قانون التوجيه العقاري، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، جامعة تلمسان، العدد7، 2009، ص 161.

[2] - التعليمة الوزارية رقم 172 المؤرخة في 1991/09/01 وضعت حدا للرخص المسبقة في حق الأجانب المستثمرين، تما شيا مع الإصلاحات الجديدة المتعلقة بترقية وتطوير الإستثمار الأجنبي في الجزائر.

[3] - أنظر د. عليوش كمال، قانون الإستثمارات في الجزائر، د.م.ج، الجزائر، 1999 ؛ بن سويح خديجة، النظام القانوني للإستثمار في الجزائر، رسالة ماجستير في قانون الأعمال، جامعة الجزائر، 2007، ص 61 وما بعدها ؛ علة عمر، الإستثمار الأجنبي الخاص في التشريع الوطني والقانون الدولي، رسالة ماجستير، جامعة قسنطينة، 2008.

[4] - الذي عدل وتمم الأمر رقم 03/01 المؤرخ في 2001/08/20 المتعلق بتطوير الإستثمار، أنظر الجريدة الرسمية، العدد 47، المؤرخة في 2006/07/19.

إقتصادي تملك العقار الصناعي اللازم لمزاولة ذلك النشاط، بعد موافقة الجهات المختصة، سواء أكان ذلك بشراء مبان أو أراض لإقامة مبان عليها أو تأجيرها بعقود إيجار طويلة قابلة للتجديد ؛ وينحصر مجاله في المشاريع الاقتصادية والتجارية والمهنية المرخص بها من طرف السلطات الجزائرية، المسموح للأشخاص الطبيعيين أو الإعتباريين بممارستها في الجزائر، بما ذلك العقار اللازم لسكن المستثمر الأجنبي، ومسكن العاملين لديه، بعد صدور الترخيص بتملك العقار الصناعي من الجهات المختصة.[1]

ويجب أن يتم إستثمار العقار الذي نقلت ملكيته إلى المستثمر غير الجزائري، بغرض قيام مشروعه الإستثماري الذي رخص له به، لتحريك عجلة التنمية الإقتصادية، وتوليد القيمة المضافة بإستقطاب رؤوس الأموال الأجنبية، بتحفيزات على كل المستويات التشريعية والقانونية والإجرائية والتمويلية والضريبية والجمركية، وفقا للتوجه الإقتصادي الإستراتيجي لترقية الإستثمارات العقارية الأجنبية لدفع عجلة التنمية في الجزائر إلى الإمام.

ثالثا : الحوافز القانونية للإستثمار الأجنبي في الجزائر.

نصت المادة 43 من الدستور الجزائري الجديد لسنة 2016 على أن : "**حرية الإستثمار والتجارة معترف بها، وتمارس في إطار القانون.** وتعمل الدولة على تحسين مناخ الأعمال، وتشجع على إزدهار المؤسسات دون تمييز، خدمة للتنمية الإقتصادية الوطنية"[2].

كما أن **المادة 14 من الأمر رقم 03/01 المؤرخ في 2001/08/20 المتعلق بتطوير الإستثمار**، وفقا لما جاء في قانون النقد والقرض رقم 10/90 المؤرخ في 1990/04/14، وكذا المرسوم التشريعي رقم 12/93 المؤرخ في 1993/10/05

---

[1]- راجع هنا: المرسوم التنفيذي رقم 282/01 المؤرخ في 2001/09/24 المتضمن تحديد صلاحيات الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار وتنظيمها وسيرها (**الجريدة الرسمية**، العدد 55، المؤرخة في 2001/09/25) ؛ وكذا المرسوم التنفيذي رقم 321/94 المؤرخ في 1994/10/17 المتعلق بترقية الإستثمار الذي يحدد شروط تعيين المناطق الخاصة وضبط حدودها (**الجريدة الرسمية**، العدد 67، المؤرخة في 1994/10/19).

[2] - القانون رقم 02/16 المؤرخ في 2016/03/06 ؛ **الجريدة الرسمية**، العدد14، لسنة 2016 ؛ المؤرخة في 2016/03/07.

المتعلق بتشجيع وترقية الإستثمار[1]، تنص صراحة على ضمان عدم التمييز بين المستثمر الوطني والأجنبي في مجال الحقوق والواجبات ذات الصلة بالإستثمار، وكذا ضمان حرية الإستثمار وحرية تداول رؤوس الأموال.

كما أن الأمر رقم 03/01 المتعلق بتطوير الإستثمار المذكور، يقضي في مادته 15 على ضمان إستقرار الأحكام القانونية المطبقة المعمول بها في مجال الإستثمار الأجنبي.

وفي نفس السياق، أشار الأمر 08/06 المؤرخ في 2006/07/15، المعدل والمتمم للأمر رقم 03/01، وكذا الأمر رقم 01/09 المؤرخ في 2009/07/22 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، إلى زيادة التسهيلات ورفع العراقيل، من المزايا الضريبية والإجرائية والجمركية، وضمان تحويل رؤوس الأموال، وإمكانية اللجوء إلى التحكيم الدولي في حالة نشوء خلاف لتسوية منازعات الإستثمار الأجنبي.

فإنه بإمكان المستثمر الأجنبي، وفقا للمادة 58 من قانون المالية التكميلي لسنة 2009، الصادر بالأمر رقم 01/09 المذكور، إنشاء مشاريع إقتصادية إستثمارية منتجة في المناطق المعينة للإستثمار بمفرده، أو بالإشتراك مع مستثمر أجنبي آخر، وذلك يتم بإشراك مستثمر وطني في إطار شراكة رابح مع رابح، بنسبة 51 على الأقل من رأس المال الإجتماعي.

وتحمي القوانين والأنظمة الجزائرية الحالية المتعلقة بترقية الإستثمارات الأجنبية الملكية العقارية الخاصة للمستثر الأجنبي، وتسهل له فعليا إقتناء العقار الصناعي لإحتواء مشروعه الإستثماري[2]؛ كما أنها تحمي الملكية الصناعية ذات القيمة الإقتصادية باعتبار أن عناصرها هي قرينة على إمتلاك الأجنبي للمشروع الصناعي الإستثماري الذي يتم تسييره واستغلاله، من كل مخاطر التقليد والسطو وجميع أشكال الإعتداء.[3]

---

[1] - الجريدة الرسمية، العدد64، لسنة 1993.

[2] - أنظر حسين نوارة، الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر، الرسالة المذكورة، ص 144 و257 و496 وما بعدها ؛ عيبوط علي، الحماية القانونية للإستثمارات الأجنبية في الجزائر، رسالة دكتوراه، جامعة تيزي وزو، 2006.

[3] - راجع لعماري وليد، الحوافز والحواجز القانونية للإستثمارات الأجنبية في الجزائر، رسالة ماجستير في قانون الأعمال، جامعة الجزائر، 2011، ص 14 و84 و125 و127 وما يليها ؛ حسين

ومن المعلوم ههنا، أنه يتقرر الحق في الشفعة للدولة الجزائرية، وكذا المؤسسات العمومية الإقتصادية، على كل التنازلات عن حصص المساهمين الأجانب في الشركات التي تقام في الجزائر، وكذا عندما يكون التنازل من مساهمين جزائريين لفائدة المساهمين الأجانب؛[1] وهذا الغرض منه حماية حقوق الدولة الجزائرية والمؤسسات الإقتصادية الوطنية، أي حماية الإقتصاد الوطني، ولا يعني ذلك بأي حال مساسا بالأحكام المتعلقة بترقية وتطوير الإستثمارات الأجنبية في الجزائر.[2]

وعلى كل حال، فإن الضمانات التشريعية والقانونية والمالية الممنوحة للإستثمارات الأجنبية في الجزائر (investissements étrangers en Algérie)، وفقا للإصلاحات القانونية والإقتصادية الجديدة في السنوات الأخيرة، هي إصلاحات إيجابية وفي الإتجاه الصحيح، لخلق المناخ الملائم لإستقطاب الإستثمارات ورؤوس الأموال الأجنبية، وترقيتها بجميع الوسائل الممكنة،

نوارة، الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر، الرسالة المذكورة، ص 4 وما بعدها؛
بن سويح خديجة، النظام القانوني للإستثمار الأجنبي بالجزائر، رسالة ماجستير في قانون الأعمال،
جامعة الجزائر، 2007، ص 61 وما يليها ؛ **د. بعلوج بلعيد**، معوقات الإستثمار في الجزائر، مجلة
إقتصاديات شمال إفريقيا، جامعة شلف، العدد4، 2006 ؛ **منصور زين**، واقع وآفاق سياسة الإستثمار
في الجزائر، المجلة نفسها، العدد2، 2005، ص 125 وما يليها ؛ **د. جبار محفوظ**، فرص الإستثمار
في سوق رؤوس الأموال الجزائرية، المقال المذكور، ص 108 وما بعدها ؛ **د. تومي عبد الرحمن**، واقع
وآفاق الإستثمار الأجنبي بالجزائر، دراسات إقتصادية، دار الخلدونية، الجزائر، 2006.
Voir Dif (M). Condition de mise en place d'un climat favorable à la protection des
investissements étrangers en Algérie, Rev de l'économie, N° 10, déc 1993, p 24 et s.

[1] - راجع المادة **62** من الأمر رقم **01/09** المؤرخ في **2009/07/22**.
وكذا المادة **46** من الأمر رقم **01/10** المؤرخ في **2010/08/26** المتضمن قانون المالية التكميلي
لسنة 2010 ، و**4 مكرر3** من الأمر رقم **03/01** المؤرخ في **2001/08/20 المتعلق بتطوير الإستثمار**،
المعدل بقانون المالية لعام 2009، المعدل والمعدل والمتمم بالأمر رقم 01/09 المؤرخ في 2009/07/22
المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009 ؛ المعدل والمتمم بالأمر رقم 01/10 المؤرخ في
2010/08/26 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010 ؛ والقانون رقم 16/11 المؤرخ في
2011/12/28 المتضمن قانون المالية لسنة 2012.

[2] - راجع في هذا الخصوص: **د. عيبوط وعلي**، الإستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، دار هومه،
الجزائر، ط2،2014، ص 72 وما بعدها ؛ **د. جبار جميلة**، نظام الشفعة في التشريع الجزائري، البحث
المذكور، ص 80 و81 ؛ **ا. احمد خالدي**، الشفعة، ص 89 وما يليها ؛ **د. أحمد دغيش**، حق الشفعة في
التشريع الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2011، ص 177 وما يليها ؛ **أ. لعروم مصطفى**، الشفعة في
القانون المدني الجزائري، مجلة الموثق، العدد7، جويلية 1999، ص 35 وما بعدها ؛ **أ. سماعين شامة**،
النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، دار هومه، الجزائر، 2004، ص 242 وما بعدها ؛

لجلب الحجم المرغوب فيه لتحريك عجلة التنمية الإقتصادية الحقيقية المنشودة ؛ وإن كانت التشريعات الجزائرية المتعلقة بالإستثمار في وضعها الحالي غير كافية، مما يستوجب زيادة تطويرها وتنقيحها نحو الأفضل، بتعميق هذه الإصلاحات الجارية على مستوى الإدارة القائمة بطبيق القوانين الجديدة، وكذا الأجهزة القضائية التي تحمي المستثمر الأجنبي من سوء تطبيقها أو مخالفتها[1].

ب- القيود التي ترد على الأشخاص الاعتبارية للتملك :

إن أهلية الشخص الاعتباري للتملك وفقا لأحكام المادة 50 من ق.م، هي أهلية محدودة، تكون بوجه عام في الحدود التي يعينها ترخيص إنشائه، أو تلك التي تقررها النصوص القانونية ؛ حيث يتمتع للشخص الإعتباري (Personne morale) بجميع الحقوق، إلا ما كان منها ملازما لصفة الإنسان الطبيعية، وذلك في الحدود التي يقررها القانون[2].

وعلى هذا، فإن أهلية الشركات أو الجمعيات أو المؤسسات للتملك مثلا، إنما هي مقيدة بالقيود القانونية المستمدة من طبيعتها، وفقا للغرض المعين في عقد إنشائها، بوصفها شخصا معنويا إعتباريا يختلف عن الشخص الطبيعي (الإنسان) ؛ فلا يجوز أن تكون للأشخاص الإعتبارية حقوق ملكية، أو أية حقوق عينية أخرى على عقارات، إلا بالقدر

---

[1] - وهذا لن يكون حقيقة، إلا بخلق المناخ الملائم الحقيقي لجلب للإستثمار الأجنبي في الجزائر، برفع كافة العراقيل الإجرائية على كل المستويات، وإزالة جميع القيود القانونية والإدارية المفروضة من هنا وهناك ؛ لإقامة الإستقرار التشريعي للأحكام القانونية المعمول بها، وعدم تغييرها في كل وقت وحين، بصفة متكررة ومضطربة ؛ وتدعيم الإستقرار والأمن وزيادة الصادرات، ورفع مخاطر المصادرة ونزع ملكية المستثمر الأجنبي التي يتخوف منها هذا الأخير، ومحاربة جميع أشكال البيروقراطية، وانعدام الشفافية، والفساد الإداري، وزيادة المرونة في التشريعات والنظم الضريبية والتمويلية، وعصرنة النظام البنكي والمالي، لتشجيع المستثمر ومرافقته ومساعدته، كخطة إستراتيجية وطنية مدروسة وشاملة، بصفة عملية فعلية على كل المستويات.

[2] - **": من المقرر قانونا، أن الشخص الإعتباري يتمتع بجميع الحقوق، إلا ما كان منها ملازما لصفة الإنسان، وذلك في الحدود التي يقررها القانون."**.
راجع **المحكمة العليا**، غ.م، 1996/12/25، ملف رقم 161815، م.ق، 1996، العدد2 ؛ ملف رقم 37804، م.ق، 1989، العدد3 ؛ 1990/11/18 ؛ 1990/11/18، ملف رقم 71449، م.ق، 1994، العدد1 ؛ 2001/11/14، ملف رقم 236859.

الضروري لتحقيق الغرض المحدد الذي أنشئت من أجله في عقد تأسيسها أو سند ترخيصها النظامي، وفي الحدود التي يقررها القانون، إذ لا يجوز لها أن تتعداه، وهذا ما يعبر عنه قانونا ب "مبدأ التخصيص".

وفي هذا، نصت المادة 3/64 من القانون رقم 02/16 المؤرخ في 2016/03/06، المتضمن التعديل الدستوري الجزائري الجديد لعام 2016، على أن : "**الأملاك الوقفية، وأملاك الجمعيات الخيرية معترف بها، ويحمي القانون تخصيصها**"[1].

فليست للجمعيات الخيرية مثلا في القانون الجزائري، أهلية القيام بالأعمال التجارية، أو تملك العقارات بقصد الإتجار؛ بل لها فقط حق تملكها بقدر ما يحقق أهدافها المحددة الواردة في سند إنشائها، كتملك بناية لمقرها أو لفروعها، لتعارض ذلك مع طبيعتها، وكذا مع الغرض الذي تأسست من أجله.

وعلى هذا، **يجب إدخال الجهة المالكة في الدعوى المرفوعة ضد المستثمرة الفلاحية** (كشخص إعتباري مدني له حق التقاضي)، عندما تتعلق هذه الدعوى بالملكية، **لكون أعضاء المستثمرة الفلاحية الجماعية لا يتمتعون قانونا إلا بحق إنتفاع دائم على الأرض الممنوحة للمستثمرة من طرف الدولة**، وفقا للعقد الإداري المنشئ لها، إعمالا بأحكام المادتين 13 و14 من القانون رقم 19/87 المؤرخ في 1987/12/08 المتضمن ضبط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية، والمادتين 10 و125 من القانون رقم 30/90 المتضمن قانون الأملاك الوطنية، وكذا المادة 183 من المرسوم التنفيذي رقم 454/91 المؤرخ في 1991/11/23 المتضمن شروط إدارة الأملاك الخاصة والعامة التابعة للدولة.[2]

ومن المعلوم ههنا، أن الفصل في مشكلات حق الإنتفاع ذاته، ومشاكل عقد الإيجار المدني أو التجاري، تبقى من إختصاص القضاء

[1] - الجريدة الرسمية، العدد 14، لسنة 2016، الصادرة بتاريخ 2016/03/07.

[2] - المحكمة العليا، غ.ع، 1999/04/28، ملف رقم 186635، إ.ق.غ.ع، عدد خاص، ج1، 2004، ص 182.

المدني، لكون المستثمرات الفلاحية هي شركة أشخاص مدنية، تتمتع بالشخصية المعنوية ومن ثم تخضع لأحكام القانون المدني (م 50 من ق.م).[1] غير أن عقد الإيجار الذي ينصب أراضي المستثمرات الفلاحية، يعتبر باطلا بطلانا مطلقا وفقا لمقتضيات المادتين 18 و21 من القانون 19/87 المذكور، وهي الأحكام التي تلزم أعضاء المستثمرة الفلاحية باستغلال الأرض بصفة جماعية على الشيوع الإجباري وبصفة شخصية ومباشرة.[2]

وهذا للمحافظة على المستثمرة الفلاحية، والمحافظة على طابعها الفلاحي، باستغلالها في الأغراض الفلاحية وزيادة الإنتاج وهو أساس تحديد فترة الإنتفاع، في سبيل تحقيق الإكتفاء الذاتي ومن خلاله الأمن الغذائي.[3]

ثانيا : القيود الواردة على حق الملكية ذاته

وهي القيود الواردة على حق الملكية في ذاته، المتعلقة أساسا بالسلطات التي يخولها هذا الحق لصاحبه، وهي تكون بحسب الأصل قيودا قانونية مصدرها القانون ؛ ومع ذلك فللإرادة دور في تقييد سلطات المالك، وهي ما يسمى ب "القيود الاتفاقية الإرادية" التي ترد على حق الملكية، بمقتضى شرط إرادي، إذا كانت مؤقتة، وكانت تهدف إلى تحقيق مصلحة مشروعة (كالشرط المانع من التصرف)

ونتطرق لهذه القيود بصورة موجزة مبسطة فيما يلي :

أ- عدم التعسف في استعمال حق الملكية.

ب- عدم إضرار المالك بالغير.

ج- إلتزامات الجوار.

ث- شرط المنع من التصرف (وهو من القيود الإرادية).

---

[1] - المحكمة العليا، غ.ع، 2002/04/24، ملف رقم 228051، إق.غ.ع، عدد خاص، ج1، 2004، ص 204 ؛ 2002/03/20، ملف رقم 227424، المرجع نفسه، ص 215.

[2] - المحكمة العليا، غ.ع، 2010/01/14، ملف رقم 573105، إق.غ.ع، 2010، عدد خاص، ج3، ص 414.

[3] - د. عجة الجيلالي، ازمة العقار الفلاحي ومقترحات تسويتها، المرجع المذكور، ص 244 و238 وما يليها ؛ د. سماعين شامة، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، مذكور سابقا، ص 171 وما بعدها.

ونتطرق فيما يلي لكل نوع من هذه القيود بصورة مفصلة :

أ-عدم التعسف في استعمال حق الملكية :

يكون المالك مسؤولا وفقا لأحكام المادة **691** من ق.م، إذا تعسف في استعمال حق الملكية (Abus du droit de propriété)، وهو الغلو الممنوع قانونا، وفقا لمقتضيات المادة 124 مكرر الجديدة (المعدلة بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 2005/06/20) ؛ إذ **يجب على المالك أن يراعي في استعمال حقه ما تقضي به التشريعات الجاري به العمل**، والمتعلقة بالمصلحة العامة أو المصلحة الخاصة (م 674 و690 من ق.م).[1]

ومن ثم، تتحقق مسؤولية المالك طبقا للقواعد القانونية العامة المقررة، إذا تجاوز الحدود الموضوعية لحقه، أو تعسف في استعمال هذا الحق، شأنه في ذلك شأن غيره من الأشخاص.[2]

فلا يجب على المالك أن يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجيران، لأن حق الملكية ليس حقا مطلقا[3] ؛ ومن ثم يتحقق التعسف في استعمال حق الملكية، كالتعسف في استعمال أي حق آخر، وفقا للصور الثلاث المنصوص عليها في المادة 124 مكرر من ق.م المضافة بالقانون رقم 10/05). فإذا تعسف المالك في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار، إنعقدت مسؤوليته دون حاجة إلى إثبات خطأ في جانبه.[4]

ومثال ذلك : كأن يتجاوز المالك معالم الحدود المادية لملكه في الجوار المتلاصق[5]، أو يستعمل ملكه بتعنت بقصد إبتغاء الإضرار بالغير،[6]

---

1 - المحكمة العليا، غ.م، 1997/06/25، ملف رقم 148810، م.ق، 1997، العدد1، ص 190.

2 - المحكمة العليا، غ.ع، 2001/09/27، ملف رقم 200420، إق.غ.ع، عدد خاص، 2004، ج1، ص 288.

3 - المحكمة العليا، غ.م، 1992/06/16، ملف رقم 90943، م.ق، 1995، العدد1، ص 101.

4 - نقض مدني فرنسي، 3، 1972/10/30، دالوز، 1973، Somm، 43.

5 - المحكمة العليا، غ.م، 1997/06/25، ملف رقم 148810، المشار إليه ؛ 1992/06/16، ملف رقم 90943، م.ق، 1995، العدد1 ؛ نقض مدني فرنسي، 3، 2001/12/19، RDJ، 2002، 140، تعليق الأستاذ Bruschi.

6 - نقض مدني مصري، 1989/11/07، طعن رقم 2273، لسنة 57 ق ؛ نقض مدني فرنسي، 1915/08/03، دالوز الدوري، 1917، 1، 79.

أو يقوم بتعلية العقار بما من شأنه كشف منزل الجار وجعله عرضة للأبصار [1]؛ وكذا المبالغة أو التعنت في استخدام حقه بصفة مطلقة إلى حد يضر أو يملك الجار، [2] كأن يفتح مطلات على ساحة جاره تنكشف بها عورات الجار. [3] وذلك لأن حق الملكية ليس حقا مطلقا كما رأينا سابقا، ومن ثم يجب على المالك وفقا للمادتين 690 و691 من ق.م، إستعمال حقه في حدود القوانين والأنظمة واللوائح التي تقيد هذا الحق. [4]

ومن هذا المنطلق، **يشكل الإستعمال التعسفي للحق خطأ تقصيريا،** لا سيما في الحالات الآتية : إذا وقع بقصد الإضرار بالغير، أو إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير، وكذا إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة ؛ وهذا وفقا لمقتضيات المادة 124 مكرر من ق.م المضافة عام 2005. [5]

وعلى هذا، يعتبر إستعمال حق الملكية تعسفيا، داخلا في الغلو الممنوع قانونا، إذا وقع بقصد الإضرار بالغير، **ولقضاة الموضوع سلطة تقدير الوقائع المطروحة أمامهم. فإذا توافرت نية الإضرار بالغير** (intention malveillante) **في استعمال حق الملكية،** أي إلحاق الضرر بالغير أو الجار (abus du droit de propriété)، [6] **فيكون المالك متعسفا في استعمال حق الملكية ؛** مما يوجب التعويض على من استعمل حقه استعمالا غير

« L'installation sur un terrain d'un dispositif ne présentant pour son propriétaire aucune utilité et n'ayant d'autre but que de nuire à autrui constitue un abus du droit de propriété. »

[1] - نقض مدني مصري، 1994/12/21، طعن رقم 1164، لسنة 60 ق.

[2] - نقض مدني فرنسي، 2001/05/09، Defrénois، 2001، 1123.

[3] - نقض مدني مصري، 1994/12/21، طعن رقم 1164، المشار إليه.

[4] - زرارة عواطف، عدم التعسف في إستعمال حق الملكية العقارية الخاصة، رسالة ماجستير، جامعة باتنة، 2008، ص 35 وما بعدها ؛ خوادجية حنان، قيود الملكية العقارية الخاصة، رسالة ماجستير، جامعة قسنطينة، 2008، ص 98 وما يليها.

[5] - د. بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، د.م.ج، ج2، ط 7، 2015، ص 118 وما بعدها.

[6] - المحكمة العليا، غ.م، 1999/12/07، ملف رقم 180334، م.ق، 2000، العدد2، ص100 : 1992/11/25، ملف رقم 91953، مشار إليه في القضاء المدني للأستاذ حمدي باشا عمر، دار هومه، طبعة 2014، ص 36 ؛ 1982/10/13، ملف رقم 22262، ن.ق، 1983، العدد2، ص 47.

مشروع، أو بقصد الإضرار بالغير ؛[1] وأساس هذه المسؤولية قانوني يقوم على إثبات الخطأ الذي يترتب عنه الضرر، وفقا للقواعد القانونية العامة المقررة في الإثبات والإجراءات القضائية المتبعة أمام القضاء.[2]

ويكون المالك متعسفا في استعمال حق الملكية في القانون المدني الجزائري، إذا قام بمخالفة القوانين والأنظمة واللوائح التي تقيد هذا الحق،[3] أو كأن يتسبب في هدم مباني الجار بسبب حفره لأساسات منزل، أو يقوم بهدم الحائط المشترك دون عذر قوي، أو ببناء حائط مرتفع في أرضه، مما يمنع الضوء والهواء عن جاره. وقد اعتبرت المحكمة العليا في إجتهاداتها القضائية أن حجب الضوء أو الهواء عن الجار يعتبر ضررا فاحشا يوجب التعويض ؛ كما أنه يكون المالك مسؤولا عن الأضرار التي تلحق جاره بسبب إستعماله لملكه إستعمالا تعسفيا.[4]

وعلى هذا الأساس، فإن **التعسف في استعمال حق الملكية هو فعل ضار، أي خطأ تقصيري موجب للمسؤولية المدنية** (م 124 المعدلة عام 2005 و124 مكرر و690 و691 من ق.م)، لأنه إنحراف في إستعمال الملك عن سلوك الشخص المعتاد، لأن حق الملكية يستوجب تبصرا في الإستعمال

---

[1]- نقض مدني فرنسي، 3، 2001/12/19، Bull.Civ، 3، رقم 160 ؛ 1978/03/20، المرجع نفسه، 3، رقم 128 ؛ **إستئناف كولمار** (Colmar)، 1855/05/02، دالوز، 1956، 2، 9 ؛ إستئناف سيدان (Sedan)، 1901/12/17، سيري، 19904، 2، 217، تعليق Appert.

[2]- نقض مدني فرنسي، 3، 2001/21/19، المشار إليه ؛ **إستئناف بو** (Pau)، 1986/09/30، دالوز، المختصرات، 32، تعليق الأستاذ روبار Robert ؛ 2، 1971/02/04، JCP، 1971، 2، 16781، تعليق الأستاذ Lindon ؛ **نقض مدني مصري**، 1995/02/06، طعن رقم 3751، س 60ق ؛ 1992/04/16، طعن رقم 3055، لسنة 61 ق ؛ 1982/11/21، س 33، ص 984.

[3]- **من المقرر قانونا انه يجب على المالك الا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار...**: أنظر المحكمة العليا، غ.م، 1997/06/25، ملف رقم 148810، م.ق، 1997، العدد1، ص 190 (تضرر الجيران من غلق الممر المؤدي الى منزلهم) ؛ 1994/11/30، ملف رقم 115334، مشار اليه في الإجتهاد القضائي للأستاذ عمر بن سعيد، ص 229 (وضع النفايات القذرة قرب الجار) ؛ 1992/06/03، ملف رقم 86444، م.ق، 1993، العدد4، ص 46 (إلغاء حق إرتفاق بما يضر بالجوار) ؛ 1992/06/16، ملف رقم 90943، م.ق، 1995، العدد1، ص 101 (إلزام الجار بتحويل مدخل البناية بعيدا عن مسكنه مما يلحق الضرر به).

[4]- **المحكمة العليا**، غ.ع، 2007/06/13، ملف رقم 404069، م.م.ع، 2008، عدد 1، ص 197 ؛ 2001/09/27، ملف رقم 200420، إ.ق.غ.ع، عدد خاص، ج1، 2004، ص 288.

والإستغلال والتصرف، بالإنتباه والعناية المطلوبين، وعدم الإضرار بحقوق الغير ؛ **فيكون المالك المتعسف حينئذ مسؤولا عن الأضرار الحاصلة للغير، وفقا للقواعد العامة للمسؤولية المدنية التقصيرية**؛[1] والتي لا يستطيع المسؤول دفعها إلا بإثبات عدم الغلو في استعمال الحق، وعدم الإضرار بالغير الذي تنتفي به علاقة السببية.[2]

وقد حكمت المحكمة العليا في قرار مشهور لها بأنه :" **يجب على المالك الا يتعسف في إستعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار**، ويجوز للجار قانونا أن يطلب من جاره إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف (م 690 و691 من ق.م.ج). ولما كان ثابتا في قضية الحال، **أن جيران المدعي تضرروا من غلق الممر المؤدي إلى منزلهم من طرف المدعي المالك، مما الزمهم بالدخول إلى منزلهم مرورا بطريق بعيد** ؛ فإن قضاة الإستئناف لما قضوا بتأييد الحكم المعاد المصادق على الخبرة طبقوا صحيح القانون. ومن ثم، فإن النعي على القرار المطعون فيه بتناقض الأسباب وانعدام التسبيب ليس في محله ؛ مما يستوجب رفض الطعن."[3]

وهذا إجتهاد قضائي صائب، يساير النصوص القانونية الجاري بها العمل، لأن غلق الجار للممر المؤدي إلى منزل الجيران، مما ألزمهم المرور بطريق بعيد وشاق للوصول إلى منزلهم، هو تجاوز لحدود الحق، لا يقره القانون ولا أحكام الشريعة الإسلامية ؛ فهو خروج عن الحدود التي رسمها

---

[1] - نقض مدني فرنسي، 3، 1971/02/04، Bull.Civ ،3، رقم 78 و80 ؛ JCP، 1971، 2، 16781، تعليق الأستاذ ليندون Lindon.

إذا توفر قصد التعدي، أي قصد الإضرار بالغير، للحصول على فائدة غير مشروعة، أو إذا كانت المصالح التي أريد تحقيقها مخالفة للقانون أو النظام العام أو لأحكام الشريعة الإسلامية أو الآداب، او ما جرى عليه العرف والعادة، أو كانت المصالح المرجوة لا تتناسب مع ما يصيب الآخرين من ضرر، ؛ كان المالك عندئذ متعسفا في استعمال حق الملكية، وفقا للمادة 124 مكرر من ق.م المعدلة بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 2005/06/20.

أنظر زرارة عواطف، عدم التعسف في إستعمال حق الملكية العقارية الخاصة، الرسالة المذكورة، ص 46 وما بعدها ؛ د. بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع المذكور، ص 118 وما بعدها.

[2] -Voir Giannotti, Abus du droit de propriété, Rev.Dr.Im, 1991, p 303 et s.

[3] - المحكمة العليا، غ.م، 1997/06/25، ملف رقم 148810، م.ق، 1997، العدد 1، ص 190.

القانون لإلتزامات الجوار كقيد على حق الملكية العقارية الخاصة، باعتباره تعسفا في استعمال الحق إلى حد الإضرار بالجوار، وفقا للمواد 2/1 و124 مكرر و690 و691 و693 و708 و881 من ق.م.

ومن المعلوم أن الفقه الإسلامي عرف فكرة التعسف في استعمال الحق كقاعدة عامة، كإستعمال الحق لتحقيق مصلحة غير مشروعة مخالفة للصالح العام، أو بقصد الإضرار بالغير؛ وهذا قبل القوانين الوضعية الحديثة وبدون منازع.[1] وذكر الفقهاء في كتاباتهم حالات كثيرة من التعسف في أحكام الجوار وحقوق الإرتفاق والإنتفاع بالطريق، وحقوق المجرى والمسيل والتعدي والإتلاف وغيرها؛[2] ويناقش فقهاء الشريعة الإسلامية مسائل التعسف خاصة في أبواب الضمان، تحت عنوان مسائل التعدي أو أحكام الحيطان أو الجوار؛ وذكروا بأنه يستوجب على المالك ألا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار.[3]

وهو ما لم يتوصل إليه القضاء الفرنسي في إجتهاداته المشهور إلا في عام 1855م، بمقتضى الحكم الشهير الصادر عن محكمة إستئناف كولمار (Colmar)، في قرارها الشهير المؤرخ في 1855/05/02، حينما أدانت مالكا أقام فوق سطح منزله مدخنة كبيرة حجبت النور عن جاره، بناء على وجوب تقييد إستعمال حق الملكية، بأن يستعمل حقه لإستيفاء مصلحة حقيقية مشروعة يقرها القانون، لا لمجرد الإستجابة "للرغبات الشريرة أو الشهوات الخبيثة".[4]

---

[1] - أنظر د. بلحاج العربي، مفهوم التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، المجلة الجزائرية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1992م، العدد 4.

[2] - المادة 60 من مرشد الحيران، و1202 من مجلة الأحكام العدلية. راجع زرارة عواطف، عدم التعسف في إستعمال حق الملكية العقارية الخاصة، الرسالة المذكورة، ص 45؛ د. فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ص 15 و34 وما بعدها؛ د. عبد الله المصلح، قيود الملكية الخاصة، ص 498 وما بعدها؛ د. محمد سراج، ضمان العدوان، ص 399 وما بعدها.

[3] - الشاطبي، الموافقات، ج2، ص 358؛ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج3، ص 360 وما يليها؛ إبن فرحون، تبصرة الحكام، ج2، ص 346؛ السرخسي، المبسوط، ج15، ص 21؛ إبن حزم، المحلى، ج8، ص 241 وما بعدها.

[4] - إستئناف كولمار (Colmar)، 1855/05/02، دالوز الدوري، 1856،2، 9.

ب-عدم إضرار المالك بالغير :

لا يجوز للمالك في القانون المدني الجزائري في أن يتصرف في ملكه تصرفاً مضرا بغيره ضرراً فاحشاً، مخالفا القوانين والأنظمة واللوائح والقرارات المتعلقة بالمصلحة العامة أو المصلحة الخاصة ؛ فإنه يسأل المالك إذا استعمل الملكية بقصد الإضرار بالغير بسبب هذا الإستعمال، دون أن تعود عليه منفعة من ذلك، أو بتحقيق مصلحة غير مشروعة ؛[1] كأن يحفر أرضه بقصد مضايقة الجار، أو يقوم بهدم الحائط مختارا دون عذر قوي بقصد الإضرار بالجار الذي يستر ملكه به،[2] أو يستخدم منزله ملتقى للمشبوهين وممارسة الأعمال غير المشروعة.

إن المالك الذي يخالف القيود القانونية التي تفرضها القوانين واللوائح يرتكب خطأ، فإذا ترتب على خطئه هذا ضرر للغير، قامت مسؤوليته التقصيرية، ويلتزم بتعويض الغير عن هذا الضرر مهما كان ضئيلا، سواء أكان الضرر ماديا أو معنويا.[3]

وجدير بالذكر في هذا الشأن، أن المادة 124 من ق.م المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية عن الفعل المستحق للتعويض، المعدلة عام 2005 بالقانون رقم 10/05، قد أصبحت فعلا في صيغتها الجديدة كقاعدة عامة ومطلقة، تتسع في عموميتها لتشمل كل فعل ضار يرتكبه الشخص بخطئه أو إعتدائه أو مخالفته للقوانين والأنظمة ويسبب ضررا للغير، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض.[4]

ومن ثم، **فإن كل إضرار بالغير من طرف المالك، يلزمه بتعويض الضرر المترتب عن أعماله غير المشروعة، ولو كان غير مميزا** ؛ لأنه عندئذ يكون فعلا محظورا قانونا بالنظر إلى نتائجه الضارة، فتقع تبعته على المالك لتويض ما ترتب عليه ون أضرار وتلفيات (م 124 المعدلة عام 2005 و690 و691 من ق.م).

---

[1] - المادة 124 مكرر المضافة عام 2005 و690 و691 من ق.م.

[2] - **المحكمة العليا**، غ.م، 1998/04/27، ملف رقم 167252.

[3] - **نقض مدني مصري**، 1995/02/06، طعن رقم 3751، س 60ق.

[4] - **د. بلحاج العربي**، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2014، ص 668 ؛ وللمؤلف نفسه: النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، ط 7، 2015، د.م، ص 68 و69 ؛ مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، فقرة 157.

فإن هذا القيد المتعلق بعدم الإضرار بالغير تتطلبه المصلحة العامة أو المصلحة الخاصة، وفقا للأنظمة واللوائح والقرارات، وهو إلتزام بالقوانين المتعلقة بها يجب عدم الإخلال به ؛ لأنه لا ضرر ولا ضرار، وأن الضرر يزال بالضمان أي بالتعويض ؛[1] **والمعيار هنا هو الضرر الفاحش الذي يصيب** هذا الغير، الذي يمنع الحوائج الأصلية والمنافع المقصودة ؛ كحظر البناء على الأراضي الزراعية، وكحظر إنشاء المحلات المقلقة للراحة العمومية أو المضرة بالصحة والسكينة العمومية داخل النسيج العمراني السكني، وكالقيود المتعلقة بالري والصرف والمرور في حالة الإنحباس ؛[2] أو كحجب أشعة الشمس أو الهواء عن الجار الملاصق[3]، وكذا القيام بإحداث ما يكون سببا لوهن البناء أو هدمه أو يمنع المنافع المقصودة من البناء، أو يدث بناء يسد به نوافذ بيت جاره سدا يمنع الضوء عنه، وإلا جاز للجار أن يطلب رفع البناء دفعا للضرر.

وتعتبر القوانين والأنظمة الجزائرية المتعلقة بالبناء والعمران، أن حجب الضوء أو الهواء أو أشعة الشمس عن الجار ضررا فاحشا موجبا للتعويض والمطالبة بدفع الضرر عنه، وكذا عدم ترك المسافة النظامية في البناءات المجاورة المتلاصقة، أو تجاوز المالك الحدود المادية لملكيته العقارية الخاصة بما فيه مجاوزة، وفقا للترخيص الصادر من الجهات المختصة، أو فتح نوافذ أو مطلات على الجار دون مراعاة المسافة القانونية المقررة، وكذا المساس بالحائط الفاصل أو المشترك بين الأملاك العقارية المجاورة.[4]

ت- إلتزامات الجوار (les rapports de voisinage) :

نصت المادة 691 من ق.م في فقرتها الأولى على أنه : **"يجب على المالك الا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار"**.

وأشارت في فقرتها الثانية أنه : **"ليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة، غير أنه يجوز له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد**

---

1 - المادة 19 و20 و916 و960 من مجلة الأحكام العدلية ؛ إبن قدامة، المغني، ج9، ص 577.

2 - المحكمة العليا، غ.ع، 1992/06/03، م.ق، 1993، العدد4، ص 46 ؛ مذكور سابقا.

3 - إستئناف بو (Pau)، 1986/09/30، دالوز، 1989، Somm، 32 ملاحظات الأستاذ روبار Robert.

4 - أنظر د. أقلولي صافية، قانون العمران الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2014، ص 20 وما بعدها.

المألوف ؛ وعلى القاضي أن يراعي في ذلك العرف وطبيعة العقارات، وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخرين، والغرض الذي خصصت له."

إنطلاقا من نص هذه المادة، يتضح لنا جليا أن إلتزامات الجوار هي من القيود التي ترد على الملكية (Le voisinage) ؛ فإنه من بين القيود القانونية التي تحد من سلطات المالك لصالح الغير، والمتعلقة بالمصلحة الخاصة، نجد "إلتزامات الجوار"، وهي إلتزامات قانونية مرتبطة بحق الملكية العقارية الخاصة، تفرض على المالك قيودا عند مزاولته لحقه، بأن يتخذ من الإحتياطات الضرورية ما يدرأ الضرر الذي يمكن أن يصيب الجوار ؛[1] سواء **أكان الجوار جانبيا بالتلاصق** (Mitoyenneté) بين الجيران في الأملاك المتلاصقة (م 703 إلى 711 من ق.م)، أو **كان الجوار في** ملكية الطبقات والشقق، أي الملكية المشتركة في العقارات المبنية (La Copropriété des immeubles bâtis)، وهو الجوار الأفقي، أو ما ما يسمى **بإلتزامات الجوار في "ملكية السفل والعلو"** التي نجدها في العمائر والأبراج ؛ حيث تعتبر الأجزاء المشتركة المعدة للإستعمال المشترك في العمارة من حق جميع الشركاء، على أساس الملكية الشائعة شيوعا جبريا بنص القانون (م 743 إلى 772 من ق.م ؛ والقانون رقم 01/83 المؤرخ في 1983/01/29).[2]

فإنه يجوز لكل مالك من ملاك الطبقات أو الشقق استعمال الأجزاء المشتركة المعدة للإستعمال المشترك في العمارة والانتفاع بها، بشرط عدم إخراجها عن الغرض الذي أعدت له، وألا يمس بحقوق الشركاء الأخرين، أو يسبب ضررا لهم (م 749 من ق.م).[3]

ويترتب على الجوار في الفقه الإسلامي، الحق لكل جار على جاره، أن لا يفعل في ملكه ما يضر بملك جاره ضررا بينا فاحشا ؛[4] فلا يجوز

---

[1] - وهذا للإعتبارات الدينية والأخلاقية والمثل العليا التي تدعوا إلى الإحسان إلى الجار، ومد يد العون له، وعدم الإضرار به، وعدم الغلو في استعمال حق الملكية.

[2] - وهو ما سنعالجه لاحقا في ملكية الطبقات والشقق، ضمن الصور الخاصة للملكية الشائعة.

[3] - أنظر **المحكمة العليا**، غ.ع، 2009/11/12، ملف رقم 559709، م.م.ع، 2009، عدد2، ص 257؛ 2008/11/12، ملف رقم 488219، إ.ق.غ.ع، عدد خاص، 2010، ج3، ص 301 ؛ 2007/11/14، ملف رقم 423458، م.م.ع، 2008، عدد2، ص 253 ؛ 2005/02/23، ملف رقم 299253، م.م.ع، 2005، عدد1، ص 251 ؛ 1991/07/10، ملف رقم 76988، م.ق، 1992، العدد3، ص 35 ؛ 1990/05/09، ملف رقم 50937، م.ق، 1991، العدد2، ص 32.

[4] - المادة 57 و60 من مرشد الحيران، و 1202 من مجلة الأحكام العدلية.

للمالك أن يباشر في ملكه عملا يترتب عليه ضرر للجار، وذلك لشدة الإرتباط الذي اقتضاه الإشتراك في المرافق الدنيوية، وتبادل المنافع بين الجيران، ومراعاة لحقوق الجوار ديانة وقضاء، وقواعد العدل والإنصاف والإحسان وحسن الأخلاق؛[1] لقوله صلى الله عليه وسلم: **"لا ضرر ولا ضرار"**،[2] وقوله عليه الصلاة والسلام: **"من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يؤذ جاره"**،[3] وقوله أيضا: **"المؤمن من آمن جاره بوائقه"**،[4] وقوله صلى الله عليه وسلم: **"مازال جبريل يوصيني بالجار حتى ظننت أنه سيورثه"**؛[5]

ومن ثم، يستوجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه، إلى حد يضر بملك الجار؛ فإذا تصرف جار بملكه تصرفا يضر بجاره ضررا فاحشا، فللجار أن يرفع الأمر إلى القاضي، ليمنعه ويلزمه بتعويض الضرر الحاصل من جراء التعسف في استعمال الحق، ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون إستعمال حق المطالبة بإزالة هذا الضرر.[6]

فإذا كانت الأضرار فاحشة، أي أنها تجاوزت الحدود المألوفة،[7] كالأضرار المترتبة على مجاوزة الحدود التي رسمها القانون (م 674 و690 من ق.م)، أو الأضرار الناجمة عن تعسف المالك في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار ضررا غير مألوف؛ ولا يمنع الضرر من أن يكون غير مألوف سبق الترخيص الإداري للمالك (م 691 من ق.م).

---

[1] - د. بلحاج العربي، الوجيز في الحقوق العينية في ضوء الفقه الإسلامي، المرجع المذكور، ص 67 وما بعدها.

[2] - رواه مالك وأحمد وابن ماجه، وحسنه الإمام النووي في الأذكار.

[3] - رواه البخاري، عن أبي هريرة رضي الله عنه، ج7، ص 78 و79.

[4] - رواه البخاري، عن أبي شريح رضي الله عنه، أنظر فتح الباري، ج10، ص 370؛ ومعنى البوائق جمع بائقة وهي الشر والشيء المهلك.

[5] - رواه البخاري، عن أم المؤمنين السيدة عائشة رضي الله عنها، ج7، ص 78.

[6] - إبن جزي، القوانين الفقهية، ص 241؛ السرخسي، المبسوط، ج15، ص 21؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج6، ص 264.

[7] - "على المالك ألا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك جاره، وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي يمكن تجنبها؛ ومن الأضرار المألوفة هو ما جرى العرف على التسامح فيها بين الجيران".
أنظر المحكمة العليا، غ.م، 1997/06/25، ملف رقم 148810، المشار إليه، ص 190؛ 1992/06/16، ملف رقم 90943؛ 1992/06/03، ملف رقم 86444.

وذلك لأن إلتزامات الجوار في القانون المدني الجزائري، تقوم على مبدأ تقييد المالك في الإنتفاع بملكه بالقيود التي تكفل منع الأذى عن جاره، وهو الإلتزام القانوني بعدم الإضرار بالجار.[1] ونبحث فيما يلي بشيء من التفصيل في المسائل المهمة الأتية :

1- الجوار بالتلاصق.
2- المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة.
3- جزاء المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة.

1- الجوار بالتلاصق :

حرص القانون المدني الجزائري في المواد من 703 إلى 711 من ق.م، على تنظيم أحكام **الجوار الجانبي**، الذي ينشأ من الملاصقة بالجدران أو الحيطان في الأملاك المتجاورة المتلاصقة، لما يثيره من مشاكل كثيرة ومضايقات عديدة بين الجيران ؛ فنص على القيود القانونية المتعلقة بوضع الحدود الفاصلة بين الأملاك المتلاصقة، وعدم فتح مطلات أو فتحات تطل على ملك الجار، إلا وفقا للقواعد المرسومة التي فرض

ها القانون في هذا الخصوص. فإذا تجاوز المالك الحدود المادية لملكه، أو فتح مطلات أو مناور في ملكه دون مراعاة المسافة القانونية، فإنه يكون مسؤولا في مواجهة جاره.

ونعالج فيما يلي : **وضع الحدود المادية الفاصلة للأملاك المتلاصقة** بالجوار (أ)، ثم نعرض **لحكم المطلات والمناور** (ب).

أ- وضع الحدود الفاصلة

نصت المادة 703 من ق.م على أنه : **"لكل مالك أن يجبر جاره، على وضع الحدود الفاصلة لأملاكهما المتلاصقة، وتكون نفقات التحديد مشتركة بينهما".**

---

[1]- بلقاسم دايم، الحماية القانونية للسكينة العامة، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة تلمسان، العدد2، 2004، ص 103 وما بعدها.

يجب على القاضي في تقديره للضرر غير المألوف الالتزام بالصيغة الموضوعية لهذا المعيار، أسوة بالفقه الإسلامي، فلا يعتد بالظروف الشخصية للجار المتضرر ؛ فإنه ليس للجار أن يرجع على جاره في أضرار الجوار المألوفة، غير أنه يجوز له شرعا ونظاما أن يطلب من القضاء إزالة هذه الأضرار إذا تجاوزت الحد المألوف." نقض مدني مصري، 1982/11/21، مج س33 ص 884 ؛ 1995/02/06، رقم 3751، س 60ق.

ومقتضى هذه المادة أنه يجوز للجار أن يلزم جيرانه على وضع حدود فاصلة، لأملاكهم العقارية المتلاصقة المتجاورة (Le Bornage)، بعلامات مادية ظاهرة من الحديد أو الحجر، تبين معالم الحدود الفاصلة على الطبيعة، وتحديد المساحة الأرضية للقطعة وفقا لعقود الإستفادة الممنوحة بمقتضى القرارات الإدارية؛ على أن يشتركوا معا في نفقات ومصاريف هذا التحديد على حسب الرؤوس. فإذا اختلفت مساحات الأراضي المتلاصقة بين الجيران، تكون نفقات مسح الأراضي ذاتها، بما في ذلك تحديد مساحتها الحقيقية وكذا وضع الحدود، على أصحابها كل بنسبة مساحة الأرض التي يملكها.

ومن ثم، يلتزم المالك قانونا عملا بأحكام المادة 703 من ق.م، بالتقيد بالحدود المادية لملكه، وعدم مجاوزتها أو الخروج عليها، بما يشكل إعتداء على الحدود المادية الفاصلة لملكه مع الجيران؛[1] وعندئذ يكون مسؤولا في مواجهة جيرانه عن تجاوزه، عن كافة الأضرار التي يمكن أن تصيب الجوار الملاصق. غير أنه ليس للجار وفقا للمادة 708 من ق.م، أن يجبر جاره على تحويط ملكه أو تسويره، ولا على التنازل عن جزء من حائط، أو من الأرض التي يقوم عليها الحائط (Le propriétaire ne peut forcer son voisin à s'enclore, ni à céder une partie de son mur, ou du terrain sur lequel le mur s'élève)، إلا في الحالة المذكورة في المادة 697 ق.م؛[2] بينما يكون من حق الجارقانونا، إلزام جاره بوضع حدود مادية فاصلة بين ملكه وملك جاره، متى كانت الملكيتان متلاصقتان.[3]

---

1 - من المقرر قانونا، أنه: لكل مالك أن يجبر جاره، على وضع الحدود الفاصلة لأملاكهما المتلاصقة. وتكون نفقات التحديد مشتركة بينهما؛ طبقا لما جاء في المادة 703 من ق.م". راجع المحكمة العليا، غ.ع، 2007/04/11، ملف رقم 388787، ن.ق، 2014، العدد67، ص 175.

2 - وهي الحالة الواردة في المادة 697 من ق.م، المتعلقة بالأرض المحصورة الناتجة عن تجزئة عقار، بسبب بيع أو مبادلة أو قسمة أو معاملة أخرى، بفعل إرادة صاحب الأرض المحصورة. راجع لاحقا حق المرور ضمن حقوق الإرتفاق في هذا الكتاب.

3 - المحكمة العليا، غ.م، 1983/10/26، ملف رقم 29234، ورد ذكره في القضاء العقاري للأستاذ حمدي باشا عمر، دار هومه، 2002، ص 295؛ **زرارة عوطف**، عدم التعسف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة، الرسالة المذكورة، ص 101 وما بعدها.

وعلى هذا، فإن دعوى وضع معالم الحدود المادية الفاصلة بين الأملاك العقارية الخاصة الملاصقة، هي دعوى عينية عقارية، تستوجب أن تكون هناك ملكيتين متجاورتين ؛ بمقتضى التلاصق بين الأراضي المتجاورة، إنطلاقا من مستندات الجيران على الطبيعة.[1]

ومن ثم، يبقى هذا الحق بوضع معالم الحدود المادية الفاصلة قائما، ما بقي التلاصق بين الأملاك العقارية الخاصة المتجاورة، فلا يسقط بالتقادم، ما دام سببها قائما، وهو التلاصق بين الأراضي المتجاورة ؛[2] إذ يجوز للجار المتضرر قانونا، وديا أو جبريا عند عدم الإتفاق بالتراضي، إذ يحق للمالك إجبار جاره باللجوء إلى القضاء لطلب وضع الحدود المادية الفاصلة لأملاكهما المتلاصقة، إذا لم تفلح الطرق الودية ؛[3] وكذا المطالبة بإزالة ما امتد إلى ملكه، ولو بالقطع أو الإزالة، ما لم يكن الأمر متعلقا بالإستحقاق لا بوضع الحدود المادية ؛[4] كأن يدعي أحد الجارين ملكيته لجزء من مساحة الأرض على الحدود الفاصلة بين الملكتين المتجاورتين، فينكر الجار الآخر عليه هذا الإدعاء.[5]

ووضع الحدود عملية تتضمن تحديد **الخط الفاصل** بين ملكيتين عقاريتين لطرفين مجاورين غير مبنيتين، وإظهاره بعلامات مادية على الحدود الفاصلة بين الملكيتين المتجاورتين. وقد نظم القانون المدني

Voir Cass Civ, 3, 18/10/2006, JCP, 2007, 1, 117, N° 2, Obs. H. Périnet-Marquet ; Lochouarn D , Les servitudes légales de voisinage, Rev.Huissiers, 1998, p 841 et s ; Lepage (H), Le voisinage, Defrénois, Paris, 1999, N° 25 et s.

[1] - **المحكمة العليا**، غ.م، 1983/10/26، ملف رقم 29234، المشار إليه.

[2] - "حيث أن الطاعن يهدف في دعواه إلى وضع الحدود وتحديد المساحة الأرضية للقطعة التي استفاد بها بقرار فردي، وفقا لما جاء في المادة 703 من ق.م ؛ وكان على السلطة الإدارية التي سلمت له عقد الإستفادة تصيبه في الأرض الممنوحة له بمقتضى القرار المذكور. ومن ثم، فإن قضاة الموضوع بقضائهم على النحو المذكور أعلاه، يكونون قد خالفوا القانون، وبالتالي لم يعطوا لقرارهم الأساس القانوني المطلوب مما يعرض قرارهم للنقض والإبطال دون حاجة لمناقشة الوجهين المتبقيين." أنظر **المحكمة العليا**، غ.ع، 2007/04/11، ملف رقم 388787، ن.ق، 2014، العدد67، ص 175.

[3]- Les effets du bornage sont communs au bornage judiciaire et amiable. Voir Wallet P, Bornage, Clôture, in Rép.Civ, N° 30.

[4] - نقض مدني فرنسي، 3، 2005/04/13، Bull Civ، رقم 99 ؛ 2001/09/21، المرجع نفسه، 3، رقم 108 ؛ 1976/06/16، نفس المرجع، 3، رقم 273 ؛ 1، 1961/04/17، نفس المرجع، 1، رقم 202.

[5] - نقض مدني فرنسي، غ3، 1969/11/21، دالوز، 1970، 426.

الجزائري في المواد من 704 إلى 708 من ق.م قواعد الحائط الفاصل إذا تلاصقت ملكيتين متجاورتين، من خلال أحكام **الحائط المشترك** (Mur mitoyen)، الذي يعتبر صورة من صور الملكية الشائعة، إذا كان مملوكا للجارين معا، وقد يكون مملوكا لأحد الجارين فقط ؛ بأن يستعمله الشركاء بحسب الغرض الذي أعد من أجله.[1]

وعلى هذا، **يجوز للجار مالك العقار المجاور أن يطلب من القضاء وضع معالم الحدود طبقا للمادة 703 من ق.م، بعلامات مادية مميزة على الأرض،** وفقا لعقود التمليك للجارين المتلاصقين، ومعاينة التعدي الواقع على مساحة ملكيته.[2] غير أنه إذا كانت دعوى القسمة ما تزال مطروحة والملكية في حالة شيوع، جاز لقضاة الموضوع رفض دعوى وضع معالم الحدود لحين إجراء القسمة وتحديد الحصص وفرزها وتعيين مساحتها الحقيقية.[3]

فقد حكمت المحكمة العليا في قرار مشهور بأن" : **دعوى وضع معالم الحدود مقررة قانونا، لمالك العقار بسند رسمي، وليس للحائز العرضي، بحسب المادة 703 من ق.م.** ومن ثم، فإن القضاء برفض دعوى وضع معالم الحدود على الحال، إلى غاية الفصل في دعوى قسمة هذا العقار، باعتبار العقار المتنازع عليه لا يزال في حالة الشيوع، هو قضاء سليم معللا تعليلا كافيا، مما يتعين معه رفض الطعن...".[4]

وعلى هذا، **يجب على الجار عدم تجاوز الحدود المادية لملكه، حتى لا يضر بعقار جاره، وإلا فإنه يكون مسؤولا في مواجهة جاره عن تجاوزه ؛**[5]

---

[1] - راجع لاحقا أحكام الحائط المشترك ضمن الصور الخاصة للملكية الشائعة الجبرية.

[2] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2004/06/23، ملف رقم 262993، م.م.ع، 2007، عدد1، ص 407 ؛ 2003/10/22، ملف رقم 255172، م.م.ع، 2007، عدد1، ص 389 ؛ إ.ق.غ.ع، عدد خاص، ج3، 2010، ص 326 ؛ 2001/09/27، ملف رقم 200420، إ.ق.غ.ع، 2004، عدد خاص، ج1، ص288 ؛ **نقض مدني فرنسي**، غ3، 1969/11/21، المشار إليه.

[3] - **نقض مدني مصري**، 1990/03/08، طعن رقم 331، لسنة 54ق، م.أ.ن، س 41، ص 716.

[4] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2001/09/27، ملف رقم 200420، المشار إليه.

[5] - **نقض مدني فرنسي**، 2، 1971/02/04، JCP، 1971، 2، 16781.

"Si on peut méconnaître que le bruit causé par une usine peut donner lieu à une indemnité lorsqu'il est porté à un degré insupportable pour les propriétiés voisines, il n' en va pas de même de toute espèce de bruit.

مما يستوجب على المالك ضرورة مراعاة هذه القيود عند مزاولة حقه باحترام عقد الملكية المسجل والمشهر،[1] وكذا عدم الخروج عن مواصفات رخصة البناء وحدودها وشروطها القانونية،[2] وعدم التعسف في استعمال حقه في فتح النوافذ والمطلات والمناور إلى حد يضر بملك الجار، فيكون الجار مسؤولا عن الأضرار التي تلحق جاره بسبب إستعماله لملكه إستعمالا مغالى فيه (م 827 و709 و710 من ق.م).[3]

وعلى هذا الأساس، يحق للجار الذي امتدت إلى أرضه أو بنائه أغصان أشجار مملوكة لجاره، أن يطالب بإزالة ما امتد إلى هوائه، أو

Si le propriétaire voisin de celui qui construit légitimement sur son terrain est tenu de subir les inconvénients normaux du voisinage, il est revanche en droit d'exiger une réparation dès lors que ces inconvénient excèdent cette limite."

Voir Wallet P, Bornage, Clôture, in Rép.Civ, N° 21 et 30 ; Giannotti M, L'abus du droit de propriété et l'empiétement sur le terrain d'autrui, RDI, 1991, 303.

[1]- **المحكمة العليا**، غ.ع، 2004/06/23، ملف رقم 271312، م.م.ع، 2007، عدد1، ص 417.

[2]- **المحكمة العليا**، غ.ع، 2007/02/14، ملف رقم 390416، م.م.ع، 2007، عدد2، ص 407.

وراجع لتفاصيل أكثر: **خير الدين بن مشرنن**، رخصة البناء، دار هومه، الجزائر، 2014، ص 20 وما يليها ؛ **د. بن ناصر يوسف**، رخصة البناء وحماية البيئة، المجلة الجزائرية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1993، العدد4، ص 845 وما بعدها ؛ وكذا **د. أقلولي صافية**، قانون العمران الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2014.

[3]- أنظر **خوادجية حنان**، قيود الملكية العقارية الخاصة، رسالة ماجستير، جامعة قسنطينة، 2008، ص 122 و141 وما يليها ؛ **زرارة عوطف**، عدم التعسف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة، الرسالة المذكورة، ، ص 108 وما بعدها ؛ وراجع للإستزادة: **شيبات سارة**، علاقات الجوار العقارية الخاصة في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة بسكرة، 2010.

المحكمة العليا، غ.ع، 2009/01/14، ملف رقم 499305، إق.غ.ع، عدد خاص، 2010، ج3، ص 366 ؛ 2009/04/08، ملف رقم 506915، المرجع نفسه، ص 349.

نقض مدني فرنسي، 3، 2001/12/19، مذكور سابقا ؛ 2000/11/08، Bull.Civ، 3، رقم 167 ؛ 1978/03/20، مشار إليه سابقا ؛ 1972/10/30، Bull.Civ، 3، رقم 576 ؛ 1964/01/20، JCP، 1965، 2، 14035، تعليق الأستاذ Oppetit؛**إستئناف بو (Pau)**، 1986/09/30، دالوز، المختصرات، 32، تعليق الأستاذ روبار Robert ؛ **إستئناف كولمار (Colmar)**، 1855/05/02، دالوز الدوري، 1856،2، 9 ؛ **إستئناف فرساي**، 1994/02/20، دالوز، 1996، المختصرات، 58، تعليق الأستاذ روبار Robert.

Parmis les comportements constitufs d'un abus du droit de propriété, la réalisation d'ouvrages dépourvus d'utilité, opposition ou refus injustifié du propriétaire (Plantation d'une fenêtre, construction d'un mur privant l'habitation voisine de vue et de lumière…).

Voir Lochouarn D , Les servitudes légales de voisinage dans le droit civil et les usages locaux, Rev.Huissiers, 1998, p 841 et s.

بثنيها بعيدا عن هوائه، لأن الهواء تابع للقرار كما رأينا في نطاق الملكية (م 675 من ق.م) ؛ حتى ولو لم يترتب على ذلك أي ضرر. فإذا رفض كان ملزما ولو بالوسائل الجبرية بإزالة هذه الأغصان، وقلع الأشجار التي تمتد عروقها إلى عمق أرضه، وبالتعويض عن الأضرار التي تلحق بالجار نتيجة لذلك ؛[1] وهذا إذا طالب الجار المتضرر بحقه أمام السلطات المختصة، وقام بإثبات الضرر الذي أصابه، وفقا للأحكام الخاصة ب إلتزامات الجوار، وللقواعد العامة للمسؤولية المدنية التقصيرية.[2]

وقد حكم القضاء بأنه يندرج تشييد جدار، ولو برخصة البناء، متسبب في حجب النور والهواء عن مسكن الجار، وجعله غير لائق للسكن، هو مما يدخل ضمن التعسف في استعمال حق الملكية إلى حد يضر بملك الجار، ومن الأضرار **غير المألوفة** (Troubles Anormaux de voisinage) ؛[3] وكذا غلق الممر المؤدي إلى منزل الجار ما يجبره على المرور بطريق بعيد (Libre accès du propriétaire à sa propriété) ؛[4] ووضع النفايات قرب الجار ؛[5] وتحويل مدخل البناية بعيدا عن مسكن الجار ؛[1]

---

[1] - ولمالك الأرض أو البناء، أن يطلب منع جاره من غرس شجر بجوار بنائه، إذا كان الشجر مما يمتد عروقه، وله أن يطلب قلعه إن غرسه، ولو بالوسائل الجبرية تحت إشراف القضاء.
أنظر المادة 1201 من مجلة الأحكام العدلية ؛ و272 من مجلة الأحكام الشرعية وفقا للمذهب الحنبلي ؛ والمادة 1141 و1142 مدني إماراتي ؛ و1025 مدني أردني.

[2] - وهي مسؤولية الجار عن الأضرار التي تلحق بجاره، خاصة فيما يتعلق بمضار الجوار غير المألوفة.
راجع للإستزادة: **زرارة عواطف**، إلتزامات الجوار في القانون المدني الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2009، ص 15 وما بعدها ؛ **د. محمد رمضان**، المسؤولية المدنية عن أضرار الجوار، دار الحبيب، عمان، الأردن، 1995، ص 54 وما يليها ؛ **د. مروان كساب**، المسؤولية عن مضار الجوار، بيروت، 1998، ص 39 وما بعدها ؛ **د. عبد الرحمن حمزة**، مضار الجوار غير المألوفة والمؤولية عنها، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 152 وما بعدها ؛ **د. وائل الخطيب**، القيود الواردة على حق الملكية، دار الألفي، المنيا، مصر، 2003، ص 16 ومل يليها.

[3] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2007/06/13، ملف رقم 404069، م.م.ع، 2008، عدد 1، ص 197 ؛ **نقض مدني فرنسي**، 2، 1971/02/04، JCP، 1971، 2، 16781، تعليق الأستاذ ليندون Lindon ؛ 1844/11/27، دالوز الدوري، 1845، 1، 13.

[4] - **المحكمة العليا**، غ.م، 1997/06/25، 1992/06/16، ملف رقم 148810، م.ق، 1997، عدد 1، ص 190 ؛ 2006/11/28، ملف رقم 90943، م.ق، 1995، العدد 1، ص 101 ؛ **نقض مدني فرنسي**، 1، JCP، 2007، 1، 117، رقم 1، تعليق الأستاذ Périnet-Marquet.
« Le libre accès du propriétaire à sa propriété contitue un accessoire du droit de propriété."

[5] - **المحكمة العليا**، غ.م، 1994/11/30، ملف رقم 115334، مشار إليه في الإجتهاد القضائي للأستاذ عمر بن سعيد، ص 229.

وبناء الجار لمحل مزعج ومقلق لراحة الجوار ؛[2] وكذا إلغاء إرتفاق لكل المارين لكونه مرتبط بحق الملكية ومن **مضار الجوار غير المألوفة** (Troubles du voisinage).[3]

وجدير بالتنويه، أن **دعوى وضع الحدود لا تكون مقبولة وفقا للمادة 703 من ق.م، إلا بالنسبة للأملاك العقارية المتجاورة الخاصة**. ومن ثم، لا يجوز رفعها لوضع حدود بين مالك خاص ومالك عام ؛ لأن وضع حدود الأملاك العامة من إختصاص السلطات الإدارية، وللمالك المضرور طلب إبطال قرار تحديد المال العام الملاصق لملكه أمام القضاء الإداري (مجلس الدولة)، وأما طلب التعويض فيمكن رفعه أمام المحاكم العادية.

ومن ثم، فإن الفصل في دعوى وضع الحدود بين ملكية عقارية خاصة وملكية تابعة للدولة، هو من إختصاص القضاء الإداري وليس القضاء العادي.[4]

ب- حكم المطلات والمناور

نظم القانون المدني الجزائري في المواد 709 و710 و711 **أحكام فتح المطلات والمناور المواجهة للعقارات المقابلة المجاورة**، بغرض التهوية أو الإضاءة، كفتح النوافذ والشرفات والشبابيك والبلكونات الخارجية التي تطل على ملك الجار الملاصق ؛ سواء كانت مواجهة تسمح بالنظر إلى ملك الجار مباشرة (une vue droite sur son voisin)، أو منحرفة لا تسمح بالنظر إلى ملك الجار إلا بالإلتفات يمينا أو شمالا أو بالإنحناء (une vue oblique sur son voisin).[5]

1- المحكمة العليا، غ.م، 1992/06/25، ملف رقم 90943، م.ق، 1995، العدد 1، ص 101.

2- نقض مدني فرنسي، 1844/11/27، دالوز الدوري، 1845، 1، 13.

Voir Rép.Civ,Troubles de voisinage, par Gaillot-Mercier; Beaugendre, Dr. et Patr, mars 2000, p 44 et s ; Mighot, Rev.Dr.Im, 2008, p 408 et s ; H. Lepage. Le voisinage, defrénois, 1999, N° 25.

"Bruit causé par une usine peut donner lieu à une indemnité lorsqu'il est porté à un degré insupportable pour les propriété voisine."

3- المحكمة العليا، غ.م، 1992/06/03، ملف رقم 86444، م.ق، 1993، عدد 4، ص 46.

4- المحكمة العليا، غ.ع، 2006/01/18، ملف رقم 311862، غير منشور.

5- أنظر زرارة عواطف، إلتزامات الجوار في القانون المدني الجزائري، المرجع المذكور، ص 145 وما يليها ؛ شيبات سارة، علاقات الجوار العقارية الخاصة في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة بسكرة، 2010.

فهي من القيود القانونية الخاصة المتعلقة بملكية المباني، وهي ترد على إستعمال هذه المطلات والمناور المطلة على ملك الجار، بأن تكون وفقا لمسافات معينة يجب مراعاتها عند فتحها.

والمطلات هي فتحات المباني يمكن النظر من خلالها في خط مستقيم على ملك الجار (La vue droite)، دون حاجة إلى الإلتفات يمينا أو يسارا ؛ وأما المناور (L'ouverture de simples jours) فهي فتحات في الحائط تسمح بمرور الهواء ونفاذ النور فقط، دون أن يستطاع الإطلال منها على العقار المجاور.[1]

ومن ثم، **لا يجوز للجار عملا بأحكام المادتين 709 و710 من ق.م، أن يكون له نوافذ وفتحات تطل على ملك الجار على مسافة تقل عن مترين بالنسبة للمطل المواجه**، وتقاس المسافة من ظهر الحائط الذي يوجد له مطل، أو من الحافة الخارجية للشرفة ؛[2] **ولا تقل عن ستين سنتيمترا من حرف المطل بالنسبة للمطل المنحرف**، على أن هذا التحريم يبطل إذا كان هذا المطل المنحرف على العقار المجاور هو في الوقت ذاته مطل مواجه للطريق العام.[3]

وعلى هذا، إذا قام مالك بفتح مطلات من النوافذ أو الشرفات في ملكه مواجهة للعقارات المجاورة، يمكن الإطلال من خلالها على ملك الجار دون مراعاة المسافة القانونية المقررة، فإن للجار أن يطلب الإزالة

---

[1] - نقض مدني مصري، 1952/10/20، م.ق.ق، 25 عاما، ج1، ص 563.

[2] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2007/09/12، ملف رقم 406647، إ.ق.غ.ع، عدد خاص، 2010، ج3، ص 341 ؛ 2006/09/13، ملف رقم 358696، م.م.ع، 2007، عدد2، ص 369 ؛ 2007/03/14، ملف رقم 393987، المجلة نفسها، 2007، عدد1، ص 453 ؛ 28غ.م، /1999/07، ملف رقم 188803، م.ق، 2000، عدد1، ص147 ؛ 1996/02/28، ملف رقم 130048 ؛ 1993/10/06، ملف رقم 102042، مشار إليهما في الإجتهاد القضائي، للأستاذ **عمر بن سعيد**، ص 235 ؛ 1988/10/19، ملف رقم 54887، م.ق، 1991، العدد1، ص 11 ؛ 1985/05/29، ملف رقم 33909، المجلة نفسها، 1992، العدد4، ص 22. المادة 710 مدني جزائري.

[3] - وقد جعل القانون المصري هذه المسافة مترا واحدا في المطلات المواجهة، وخمسين سنتيمترا في المطلات المنحرفة (م 819 و820 مدني مصري).

إذا اكتسب أحد بالتقادم الحق في المطل مواجه لملك الجار على مسافة تقل عن مترين، فلا يجوز لهذا الجار أن يبني على مسافة لا تقل عن مترين، تقاس بالطريقة السابق بيانها أعلاه طبقا للمادة 2/709 من ق.م. راجع **المحكمة العليا**، غ.ع، 2009/01/14، ملف رقم 499305، إ.ق.غ.ع، عدد خاص، 2010، ج3، ص 369.

بسده، ولو لم يصبه ضرر ؛[1] فلا يجوز لقضاة الموضوع القضاء بغلق المطلات والنافذ دون مراعاة المسافة المعينة المحددة بالمادة 709 من ق.م ؛[2] ويستوي هنا أن يكون العقار المجاور بناء أم أرضا، مسكونا أو غير مسكون، والشرط هنا هو ضرورة مراعاة المسافة القانونية الفاصلة.[3]

فقد حددت المادة 709 من ق.م للمالك شروط استعمال حق المطل حتى يحترم قواعد الجوار ولا يضر الجار بعقار جاره، لأن المطلات قد تؤذي الجار بالإطلال على ملكه ؛ غير أن تحديد الضرر، ومدى تجاوزه للحد المألوف، يعود لسلطة قضاة الموضوع التقديرية الذين يراعون في ذلك العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منهما بالنسبة للآخرين عملا بأحكام المادة 2/691 من ق.م، وليس للمحكمة العليا أية مراقبة على هذه الوقائع.[4]

غير أنه لا يسري هذا القيد إذا كان المطل مفتوحا على الطريق العام ؛[5] كما أن ترك الجار المطل مفتوحا على حدود الملك، دون مراعاة المسافة القانونية المقررة، ودون إعتراض على فتحه لمدة خمس عشرة سنة، يكسب

---

[1] - "حيث أنه وبعد مراجعة القرار المطعون فيه، والإطلاع على جميع وثائق الملف ومستنداته، يستنتج بأن سكن الطاعن يبعد عن سكن المطعون ضده بأكثر من ستة أمتار، وهي مسافة تفوق المترين المنصوص عليها قانونا ؛ ومن ثم فإن قضاة الإستئناف لما أمروا بغلق النوافذ المواجهة للجار، خرقوا القانون وعرضوا قرارهم للنقض...".
راجع **المحكمة العليا**، غ.م، 1996/02/28، ملف رقم 130048، مشار إليه في الإجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني الجزائري، للأستاذ **عمر بن سعيد**، ص 235.

[2] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2006/10/11، ملف رقم 373675، ن.ق، 2011، العدد 66، ص 295.

[3] - "من المقرر قانونا وفقا للمادة 709 من ق.م.ج، **أنه لا يجوز للجار أن يكون له على جاره مطلا مواجه على مسافة تقل عن مترين.** ومن ثم، فإن النعي على القرار المطعون فيه، بالقصور في التسبيب غير سديد يستوجب الرفض ؛ لأن قضاة الإستئناف طبقوا صحيح القانون بإلتزامهم بشرط المسافة القانونية الفاصلة، إنطلاقا من الخبرة التي أثبتت أن فتح النوافذ المطلة على الجار تقل عن مترين. ومتى كان كذلك إستوجب رفض الطعن"
أنظر **المحكمة العليا**، غ.م، 1993/10/06، ملف رقم 102042، مشار إليه في الإجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني الجزائري، للأستاذ **عمر بن سعيد**، ص 235 ؛ 1988/10/19، ملف رقم 54887 ؛ م.ق، 1991، العدد1، ص 11 ؛ 1985/05/29، ملف رقم 33909، م.ق، 1992، العدد4، ص 22.
وراجع **نقض مدني مصري**، 1989/10/25، س 40، ص 841 ؛ 1986/04/06، س 37، ص 400 ؛ 1981/01/15، رقم 699، لسنة 47 ق.

[4] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2009/04/08، ملف رقم 506915، إ.ف.غ.ع، 2010، ج3، ص 349 ؛ 2007/03/14، ملف رقم 393987، المرجع نفسه، ص 361.

[5] - المادة 710 من ق.م.

صاحبه حق إرتفاق بالمطل بالتقادم، ما لم يسقط حق الإرتفاق بعدم الإستعمال.[1] وعلى قضاة الموضوع التحقق من صفة المالك عند المدعي، لأنه وتطبيقا للمادة 709 من ق.م، يجوز للمالك فقط رفع الدعوى لفرض احترام المسافة المقررة قانونا لفتح المطلات.[2]

ولا يكفي ههنا إثبات أسبقية البناء لإكتساب الحق في ارتفاق المطل بالتقادم، من جراء إحداث فتحة خارجية تطل على ملك الجار، وإنما يجب إستمرار الحيازة الفعلية القانونية الهادئة طيلة خمس عشرة سنة، بصفة مستمرة وهادئة، دون لبس ولا انقطاع ولا معارضة من مالك العقار المجاور.[3] فإن حق إرتفاق المطل المكتسب بالتقادم بمضي المدة طبقا للمادة 827 من ق.م، يقتصر على المطل الذي تتوفر فيه شروط المادة المذكورة ؛ فلا يجوز لصاحبه أن يفتح مطلات أخرى في أية جهة من واجهة جاره مهما كان موقعها بدون مراعاة شروط المادة 2/709 من ق.م.[4]

وأما فيما يتعلق بالمناور (L'ouverture de simples jours)، فهي الفتحات الصغيرة في الحائط التي يقصد بها فقط مرور الهواء ونفاذ النور، دون أن يستطاع الإطلال منها على العقار المجاور، فإنه لا يشترط القانون المدني الجزائري أية مسافة قانونية لفتح هذه المناور ؛ غير أنه **يجب طبقا للمادة 711 من ق.م أن تقام من إرتفاع مترين على الأقل من أرض الغرفة التي يراد إنارتها أو تهويتها**. وهذا بأن تعلو **قاعدتها عن قامة الإنسان المعتاد** (à deux mètres au-dessus du sol)، بحيث

---

[1] - المادة 879 من ق.م.
انظر **المحكمة العليا**، غ.ع، 2002/02/20، ملف رقم 224346، إ.ق.غ.ع، عدد خاص، 2004، ج2، ص 403؛ 2000/06/28، ملف رقم 200906، غير منشور ؛ **نقض مدني مصري**، 1994/04/17، س 45، ص 724 ؛ 1981/12/31، رقم 319، لسنة 51 ق ؛ 1980/12/04، رقم 490، لسنة 49 ق، م.أ.ن، س 31، ص 2000 ؛ **تمييز مدني أردني**، 1987/03/19، ملف رقم 87/138، م.ن.م، 1990، ص 59.

[2] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2001/03/28، ملف رقم 206483، إ.ق.غ.ع، عدد خاص، 2004، ج2، ص 398.

[3] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2002/02/20، ملف رقم 224346، المشار إليه ؛ راجع لاحقا حقوق الإرتفاق ضمن الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية.

[4] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2009/01/14، ملف رقم 499305، مذكور سابقا.

تكون على إرتفاع لا يستطاع معه الإطلال منها على ملك الجار ؛[1] وبألا تستعمل هذه المناور في غير ما أعدت له، فإذا أساء المالك إستعمالها كان للجار أن يطلب سدها.[2]

فلا تشترط المادة 711 من ق.م أية مسافة لفتح المناور، غير أنه يجب أن تفتح على إرتفاع معين، لا يجب أن تقل عنه ؛ وهو الإرتفاع الذي قدر المشرع الجزائري أنه يفيد المالك من جهة، ولا يؤذي الجار الذي يستطيع أن يزاول حقه في ملكيته من جهة أخرى، بفتح مناور تسمح بإدخال الهواء ونفاذ النور، دون أن يستطاع الإطلال منها على العقار المجاور.[3]

وعلى هذا الأساس، **فالمقصود من المناور هي الفتحات التي يراد منها مرور الهواء ونفاذ اضوء فقط**، دون أن يستطاع الإطلال منها على العقار المجاور ؛ وتبعا لذلك فإنه يشترط أن ترتفع عن مترين من أرض الغرفة المراد إنارتها أو تهويتها (وهي قامة الإنسان المعتادة)، بحيث لا يمكن منها النظر أو الإطلال على ملك الجار (م 711 من ق.م). فإذا قل إرتفاع قاعدة إحدى الفتحات عن هذا الإرتفاع إعتبرت مطلا، ووجب أن يراعى فيها عندئذ القيود المتعلقة بالمسافة الواردة في المادة 709 و710 من ق.م.

2- المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوف :

إن إلتزام المالك في ألا يغلو في استعمال حقه، إلى حد يلحق بالجار ضررا غير مألوف (م 691 من ق.م)، **هو إلتزام بالإمتناع عن عمل**، وفقا للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية عن الفعل الضار (م 124 من ق.م المعدلة

---

[1] -: "لقضاة الموضوع سلطة تقدير الإرتفاع المطلوب للمناور، طبقا للمادة **821** مدني مصري، وفقا لمعيار القامة المعتادة للإنسان، إنطلاقا من وقائع وظروف قضية الحال، دون تخصيص هذا المعيار بإرتفاع معين. ولما كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر القامة المعتادة هي 180 سنتم، فإنه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون."
أنظر نقض مدني مصري، 1988/01/27، رقم 1693، س 54ق ؛ 1981/04/23، س 5ق، ص 1228 ؛ 1974/01/31، م.أ.ن، س 25، ص 272.

[2] - د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج8، ص 287 وما بعدها ؛ د. عبد المنعم البدراوي، الحقوق العينية الأصلية، ص 126 و127 ؛ د. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، ص 120 وما بعدها.

[3] - زرارة عوطف، إلتزامات الجوار في القانون المدني الجزائري، المرجع المذكور، ص 149 وما يليها ؛ عدم التعسف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة، الرسالة المذكورة، ص 112.

عام 2005) ؛ غير أنها مسؤولية تقصيرية خاصة، تقوم على أساس الضرر وليس على أساس إثبات الخطا بمفهوم المادة 124 من ق.م ؛ لأنها ترتكز على مقتضيات أحكام المادة 691 من ق.م التي تترتب عن مضار الجوار غير المألوفة (Autonomie de la responsabilité pour Troubles Anormaux de voisinage).[1]

فإذا أثبت الجار الضرر غير المألوف الحاصل من جاره، بأن أخل بهذا الإلتزام القانوني وفقا لأحكام المادة 691 من ق.م، كان للجار المتضرر أن يطالب قضائيا بإزالة الضرر الحاصل، أو بالتعويض الذي يراه القاضي مناسبا (م 124 و130 و132 من ق.م) ؛[2] وتعد إزالة الضرر ههنا بمثابة التنفيذ العيني إذا كان ممكنا.[3]

وعلى هذا، **يجوز للجار المتضرر اللجوء إلى القضاء، لإزالة الضرر** الفاحش البين، وهو الضرر غير المألوف، سواء كان قديما أو حديثا ؛ كطلب الأمر بإعادة رسم معالم الحدود لتعدي الجار عليها، أو إرجاع الحائط المشترك إلى العلو القانوني لكونه يحجب الضوء أو يمنع الهواء عن الجار، أو إزالة البناء الذي تم بدون ترخيص، أو سد المطلات والنوافذ التي تطل على ملك الجار، أو هدم الحائط الذي يستر ملك الجار دون عذر قوي.

ويعتبر من الضرر الفاحش، وفقا للمشرع الجزائري، **الضرر غير المألوف بالجار، بسبب غلو من المالك، كتعسفه في استعمال حقه** (م 1/691 و124 مكرر من ق.م)، أو الخروج عن الحدود التي تقضي بها التشريعات الجاري بها العمل المتعلقة بالمصلحة العامة أو الخاصة (م 690 من ق.م) : كالضرر الذي يكون سببا لهدم البناء أو وهنه، أو يمنع الحوائج والمصالح الأصلية، أو يمنع المنافع المقصودة من البناء ؛ وكذا إستعمال الحق بقصد الإضرار بالجار، أو بغرض تحقيق مصالح غير مشروعة ؛[4] وهو

---

[1]- المحكمة العليا، غ.ع، 2006/04/12، ملف رقم 345069، غير منشور ؛ نقض مدني فرنسي، 3، 1999/07/21، دالوز، 1999، IR، 228.

[2]- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج8، ص 709.

[3]- نقض مدني فرنسي، 2، 2003/10/23، دالوز، 2004، المختصرات، 2467، تعليق Mallet-Bricout.

[4] - Voir Blaise, Respnsabilité et obligations coutumières dans les rapports de voisinage, RTDCiv, 1965 ; p 261 et s ; Harpillard, les inconvénients de voisinage, Thèse, Paris, 1975 ; Pirovano, La fonction sociale des droits, D. 1972, Chron, 67.

ما يرتبط بالمضار غير المألوفة أي غير العادية، عملا بأحكام المادة 2/691 من ق.م، على أساس معيار موضوعي وفقا للإعتبارات الموضوعية، إنطلاقا من النصوص القانونية والعرف وطبيعة العقارات، وموقع كل منهما بالنسبة للآخر، والغرض الذي خصص له العقار، وليس شخصي يقوم على حالة الجار الذاتية.[1]

ومن ثم، فليس للجار وفقا للمادة 2/691 من ق.م، أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة، أو العادية التي لا يمكن تجنبها (les inconvénients normaux du voisinage)، والتي يستوجب التسامح بشأنها إستنادا إلى حسن الجوار المطلوب بالنصوص الشرعية والقانونية ؛[2] وإنما له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف (Troubles Anormaux de voisinage)، بإثبات وقوع الضرر أمام المحاكم بصورة تتجاوز الوضع المألوف.[3]

فقد إستقر إجتهاد المحكمة العليا في قراراتها المشهورة بأنه : على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك جاره، وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار العادية المألوفة التي يمكن تجنبها والتسامح فيها ؛ فلا يصبح الجار مسؤولا عن تعويض الضرر المألوف ؛ **ومن الأضرار المألوفة هو ما جرى العرف على التسامح فيها بين الجيران**، وفقا لأحكام الفقرة الثانية من المادة 691 من ق.م.[4]

ومن ثم، يجوز للجار أن يطلب من جاره إزالة المضار غير العادية، إذا تجاوزت الحد المألوف على أساس الضرر الحاصل، بأن يكون في العمل غلو من المالك في استعمال حقه (م 1/691 من ق.م) ؛ إنطلاقا من مضار

---

[1] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2009/04/08، ملف رقم 506915، المشار إليه، ص 349 ؛ غ.م، 1997/06/25، ملف رقم 148810، م.ق، 1997، العدد1، ص 190 ؛ 1994/11/30، ملف رقم 115334، مشار إليه في الإجتهاد القضائي، ص 229 ؛ 1992/06/16، ملف رقم 90943، م.ق، 1995، العدد1، ص 101 ؛ 1992/06/03، ملف رقم 86444، المرجع نفسه، 1993، العدد 4، ص 46.

[2] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 1992/06/03، ملف رقم 86444، م.ق، 1993، العدد 4، ص 46.

[3] - أنظر **نقض مدني مصري**، 1982/11/21، مذكور سابقا ؛ **نقض مدني فرنسي**، 2، 1971/02/04، JCP، 1971، 2، 16781.

[4] - **المحكمة العليا**، غ.م، 1997/06/25، ملف رقم 148810، المشار إليه، ص 190 ؛ 1992/06/16، ملف رقم 90943، م.ق، 1995، العدد1، ص 101 ؛ 1992/06/03، ملف رقم 86444.

الجوار إذا تجاوزت الحد المألوف، وفقا للإعتبارات الموضوعية وليست الشخصية، وليس على أساس إثبات الخطأ بمفهوم المادة 124 من ق.م.[1]

فالعرف الجاري به يقضي بالتسامح مع الجيران في الأضرار المألوفة، إعمالا بنص المادة 2/691 ق.م (obligations coutumières dans les rapports de voisinage)، وهذا تجنبا للغلو المفرط لسلطة المالك في استعمال حقوقه فيما هو ضرر مألوف ؛ كواجب تحمل ما يصدر من الجار من ضوضاء في الأعياد والأفراح والمناسبات السعيدة أو المحزنة ؛ وكذا ما يترتب عليه مثلا من إزعاج لحظة خروج الجار من مسكنه باكرا من جراء فتح الأبواب الحديدية واستخدام سيارته، بدعوى أنه مرهف الحس ذاتيا. كما أن صاحب السفل في ملكية الطبقات والشقق، يجب عليه أن يتحمل من صاحب العلو، من جراء ما يسيل على عقاره من مياه الأمطار غير المجمعة المنصبة بصفة طبيعية من العقار العلوي، وفقا لطبيعة العقار المشترك وموقع كل عقار بالنسبة للعقار الآخر (L'aspect personnel des relations de voisinage qui repose sur la promixité des fonds est indéniable).[2]

ومن هذا المنطلق، يشترط في القانون المدني الجزائري لقيام مسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة : **إجتماع صفة الجار في المسؤول والمضرور معا**، سواء كان مالكا أو مستأجرا أو شاغلا للعقار المجاور[3] ؛ **وأن تكون الأضرار ناجمة من الجوار في الملكيات المتجاورة المتلاصقة**، أو في ملكية العلو والسفل أي الطبقات والشقق، بما في ذلك السكان الموجودين بالحي أو المنطقة، وفقا للتصور الواسع لفكرة الجوار (كالسكان المتضررين مثلا، من مصنع مقلق للسكينة العامة في حي هادئ، أو الأضرار التي يسببها مصنع يصدر من آلاته ضوضاء تؤرق النيام في ناحية هادئة مخصصة للمساكن، أو لدور العلاج والإستشفاء، أو من الدخان الناجم عن آلاته، أو الغازات السامة المنبعثة منه في الهواء...)[4] ؛ **وأن تتجاوز هذه الأضرار الحد المألوف الذي تجب**

---

[1] - المحكمة العليا، غ.ع، 2006/04/12، ملف رقم 345069، م.م.ع، 2006، العدد2، ص 383.
[2] - راجع المادة 2/98 من القانون رقم 12/05 المؤرخ في 2005/09/04 المتعلق بالمياه.
[3] - زرارة عواطف، إلتزامات الجوار في القانون المدني الجزائري، ص 86 وما بعدها.
[4] - بلقاسم دايم، الحماية القانونية للسكينة العامة، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، جامعة تلمسان، العدد2، 2004، ص 99 وما بعدها.

إزالته، بسبب غلو المالك في ملكه، أو إستعمال حقه بطريقة غير مشروعة، أو بقصد الإضرار بالجيران كما أشرنا ؛ **فيصبح المالك مسؤولا عن تعويض الأضرار التي تسبب في إحداثها.**

فقد نص القانون المدني الجزائري، وكذا القوانين والأنظمة واللوائح الجزائرية الخاصة على أنه : يجب أن تنشأ المصانع وورشات الإصلاح، والآبار، والآلات ذات المحرك، وصيانة السيارات، وجميع المؤسسات والمنشآت الخطرة المقلقة للراحة والمضرة بالصحة، أو التي تثير الضوضاء والإزعاج المضرة بمصالح الجوار ؛ بأن تقام على المسافات المبينة قانونا من المناطق العمرانية المسكونة ؛ **بعد إستصدار تصريح أو ترخيص نظاميين من الجهات الإدارية المختصة**، وفقا لما ورد في الأنظمة واللوائح وبالشروط التي تفرضها طبقا لدرجة خطورة النشاط وأثره على الجوار، وهذا لحماية السكينة والصحة العموميتين، وكذا لحماية البيئة والنظام العام.[1]

3- جزاء المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوف :

يجب على المالك أن يراعي في استعمال ملكه ما تقضي به الأعراف والقوانين واللوائح الجاري بها العمل، والإجراءات والإحتياطات المتعلقة بالمصلحة العامة أو المصلحة الخاصة (م 690 ق.م) ؛ **وأن لا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار (م 691 ق.م)**. ومن ثم يجوز للجار أن يطلب من القضاء إزالة الأضرار إذا تجاوزت الحد المألوف، **وهي الأضرار غير العادية** ؛[2] وعلى القاضي كما ذكرنا أن يراعي في ذلك شروط المسؤولية الناجمة عن الغلو الممنوع، وتقدير الضرر غير المألوف يكون

Voir. Ph Malinvaud, Les dommages aux voisins dus aux opérations de constructions, RDI, 2001, 479, N° 8 et s.

[1] - راجع المواد 690 و691 و712 من ق.م.
وكذا المواد 18 و19 و20 و74 و113 من القانون رقم 10/03 المؤرخ في 2003/07/19، المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة (**الجريدة الرسمية**، العدد 43، المؤرخ في 2003/07/20) ؛ والمادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 339/98 المتعلق بالمنشآت المصنفة (**الجريدة الرسمية**، العدد 82، المؤرخ في 1998/11/04) ؛ والمواد 2 و3 و4 من المرسوم التنفيذي رقم 184/93 المنظم لإثارة الضجيج (**الجريدة الرسمية**، العدد 50، المؤرخ في 1993/07/28).

[2] - نقض مدني فرنسي، 2، 1971/02/04، JCP، 1971، 2، 16781.

بتحديد درجة الضرر (degré insupportable)، وفقا للعرف الجاري، وطبيعة العقارات، وموقع كل منها بالنسبة للآخرين، والغرض الذي خصصت له[1].

ويمكن لقضاة الموضوع، **الإستعانة بالخبرة لتحديد ما إذا كان الضرر مألوفا أم غير مألوف**، إذ لا يسأل المالك عن هذه الأضرار، إلا متى تجاوزت الحد المألوف (L'anormalité du dommage est la condition indispensable à la (mise en oeuvre de la responsabilité pour troubles de voisinage[2]؛ ومن ثم فإن الحكم إنطلاقا من الإفتراضات، دون التأكد من تحقق مضار الجوار غير المألوفة، هو قصور في التسبيب، مما يعيب الحكم ويوجب نقضه[3].

وقد أشارت بعض الإجتهادات القضائية الفرنسية الحديثة، وفقا لما ذهب إليه بعض الفقه الفرنسي المعاصر، إلى أنه **يكون الجار مسؤولا عن الأضرار التي تلحق بجاره إذا تجاوزت مضار الجوار العادية**، بأن كان ضررا يتجاوز الحد المألوف (Troubles Anormaux de voisinage)، ومعيار الضرر غير المألوف هو معيار موضوعي مرن وفقا للظروف المختلفة والحاجات المتغيرة[4]؛ **بصرف النظر عن وجود أو عدم وجود الخطأ، وفقا لأحكام المسؤولية الموضوعية**؛ لقيام إلتزامات الجوار على إلتزام قانوني عام: وهو عدم الإضرار بالجار، بالإمتناع عن التعسف في استعمال الحق

---

[1]- نقض مدني فرنسي، 3، 2005/06/22، دالوز، 2005، 40 ؛ د. محمد رمضان، المسؤولية المدنية عن أضرار الجوار، ص 54 وما يليها ؛ د. مروان كساب، المسؤولية عن مضار الجوار، ص 39 و97 وما بعدها.

Voir Rép.Civ,Troubles de voisinage, par Gaillot-Mercier, N° 67 et s; Beaugendre, Le voisinage, defrénois, 1999, N° 25. Dr. et Patr, mars 2000, p 44 et s ; H. Lepage. Les dommages aux voisins dus aux opérations de constructions, RDI, 2001, 479, N° 8 et s. Ph Malinvaud,

[2]- Cass.Civ, 3° , 26/04/2006, D. 2006, 2505, Note j-p Karilla ;

[3]- المحكمة الإتحادية العليا الإماراتية، 22 2009/01/13، رقم 29/419، م.ف، 29، ص 26.

[4]- نقض مدني فرنسي، 2001/05/09، Defrénois، 2001، 1123 ؛ 3، 2001/12/19، RDJ، 2002، 140، تعليق الأستاذ Bruschi ؛ 1972/10/30، دالوز، 1973، Somm، 43.

Les juges du fond apprécient souvrainement en fonction des circonstances de temps et de lieu, la limite de la normalité des troubles de voisinsge.

Cass.Civ, 3° , 03/11/1977, D. 1978, 434, Note Caballéro ; 2° , 28/06/1995, D. 1996, 59, Obs. A. Robert, 26/06/1996, jcp, 1997, 14060, N° 3.

إلى الحد الذي يضر بالجار أضرارا غير مألوفة ؛ والجزاء هو إزالة الضرر عينا أو التعويض عنه، ويجوز الجمع بين الجزاءين.[1]

وعلى هذا، يستوجب لتحقق مسؤولية المالك عن مضار الجوار، أن يتحقق الضرر الفاحش، الذي يتجاوز الحد المألوف ؛ كالتعسف في استعمال حق الملكية، ومخالفة القيود القانونية المفروضة على الملكية، مما يجيز للجار أن يطلب من جاره إزالة مصدر هذه المضار غير المألوفة، وتعويضه في حالة تسببها في إحداث الضرر للجار.[2] ومن ثم، فإن وجود وثائق إدارية، لا تعطي لمالك العقار حق التمسك بالرخص، ومطابقة الأشغال لقواعد العمران، بغرض إعفائه من مسؤولية مضار الجوار الحاصلة، طبقا لأحكام المادة 691 من ق.م، لأنها تسلم قانونا تحت شرط مراعاة حقوق الغير.[3]

ويعد ضررا فاحشا من الناحية القانونية : الإطلال على أماكن جلوس النساء في ملك الجار،[4] كالمطبخ ومقر صحن الدار والبئر وغرف النوم ؛[5] والإخلال بالسكينة المتمثل في إحداث الضوضاء المزعج الذي لا يطاق في منطقة سكنية (Nuisances sonores et bruit)،[6] وانبعاث الروائح

---

[1] - نقض مدني فرنسي، 2، 2003/10/23، دالوز، 2004، مختصرات ؛ 2467 ؛ تعليق الأستاذ Mallet-Bricout ؛ أنظر تعليق الأستاذ ليندون Lindon على نقض مدني فرنسي، 2، 1971/02/04، JCP، 1971، 2 ؛ 16781 ؛ المحكمة الإتحادية العليا الإماراتية، 2007/01/22، رقم 28/402، م.ف، 29، ص 450 ؛

[2] - المحكمة العليا، غ.ع، 2009/04/08، ملف رقم 506915، المشار إليه، ص 349 ؛ غ.م، 1997/06/25، ملف رقم 148810، م.ق، 1997، العدد 1، ص 190. حيث تضرر جيران المدعي في قضية الحال، من غلق الممر المؤدي إلى منازلهم من طرف المدعي المالك بصفة تعسفية، مما ألزمهم الدخول إلى منازلهم مرورا بطريق بعيد، وقد تضرروا من جراء ذلك.
يراجع تمييز مدني أردني، 1991/12/07، ملف رقم 91/672، م.ن.م، 1993، ص 1250. حيث تضرر الجار من الشبابيك الموجودة في الطابق الثالث للمدعى عليه، التي تكشف سطح بناء المدعين، مما يلحق ضررا بهما في حالة قيامهما بالبناء على السطح أو على جزء منه.

[3] - المحكمة العليا، غ.ع، 2007/09/12، ملف رقم 410719، إ.ق.غ.ع، 2010، ج3، ص 353.
أنظر للإستزادة: د. عزري الزين، قرارات العمران الفردية وطرق الطعن فيها، دار الفجر، الجزائر، 2003 ؛ ولنفس الكاتب، منازعات القرارات الفردية في مجال العمران، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، 2000.

[4] - المادة 1202 من مجلة الأحكام العدلية.
أنظر المحكمة الإتحادية العليا الإماراتية، 2007/01/22، طعن رقم 28/402، المشار إليه (إزعاج الجوار وقلق للراحة والسكينة) ؛ 2009/01/13، رقم 29/419، م.ف، 29، ص 26 (الأصوات التي لا تطاق الصادرة من الجوار).

[5] - تمييز مدني أردني، ملف رقم 2004/761، م.ن.م، 2005، ص 1207 ؛ 1986/04/21، ملف رقم 86/264، المرجع نفسه، 1986، 809 ؛ 1985/09/21، ملف رقم 85/434، 1986، ص 85.

[6] - نقض مدني فرنسي، 2، 2007/06/14، Bull Civ، 2، رقم 164 ؛ 1996/10/09، Bull Civ، 2، رقم 231 ؛ 1966/05/11، دالوز، 753، تعليق الأستاذ Azard ؛ 1969/01/03، دالوز، 1969، 323.

الكريهة والدخان المضر بالصحة (Odeurs malsaines) والغازات السامة الخطرة من الجار (Pollutions diverses, Poussières et fumées) ؛[1] وكذا وضع النفايات قرب ملك الجار ؛[2] تلوث البيئة المجاورة للمصنع مما أضر بالجيران (Transformation de l'environnement) ؛ وكذا غلق ممر يستعمله الجار للمرور إلى منزله مما يجبره على المرور بطريق بعيد ؛[3] والبناء المتسبب في جعل مسكن الجار غير لائق للسكن تماما (Privation de vue)، حتى ولو تم إنجاز هذا البناء وفقا لرخصة البناء والتصاميم، طالما أنه يتسبب في إلحاق ضرر بالغ بالجار بحجب أشعة الشمس والنور والهواء عن ملك هذا الأخير (Privation d'ensoleillement et de lumière).[4]

ويدخل في اختصاص قاضي الموضوع طبقا للمادتين 691 و702 من ق.م، سلطة تحديد مضار الجوار غير المألوفة (Troubles du voisinage)، ومدى تجاوزها للحد المألوف المسموح به ؛ **فهي مسألة متروك تقديرها لقاضي الموضوع** لتحديد درجة الضرر الحاصل للجار، وتحديد ما إذا كان مألوفا أم غير مألوف ؛ مراعيا في ذلك الظروف الموضوعية المتعلقة بالأملاك العقارية المتجاورة التي أشارت إليها المادة 2/691 من ق.م، وهي : **العرف الجاري، وطبيعة العقارات، وموقع كل منهما بالنسبة للآخرين، والغرض الذي خصصت له** ؛ وكذا تحديد طريقة التعويض ومقداره حسب الضرر الذي لحق بالجار ؛[5] كالأمر بإزالة هذه المضار غير المألوفة عينيا، أو الإكتفاء بالحكم بالتعويض النقدي عنها لتعويض الجار عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب، وفقا لظروف وملابسات الدعوى.[6] ويجوز للجار المضرور أن يطلب من

---

[1] - نقض مدني فرنسي، 2، 1971/02/04، JCP، 1971، 2، 16781.

[2] - المحكمة العليا، غ.م، 1994/11/30، ملف رقم 115334، مذكور سابقا ؛ نقض مدني فرنسي، 2، 1969/01/03، دالوز، 1969، 323.

[3] - المحكمة العليا ،غ.م، 1997/06/25، ملف رقم 148810، مذكور سابقا ؛ 1992/06/16، ملف رقم 90943، م.ق، 1995، العدد1، ص 101 ؛ 1992/06/03، ملف رقم 86444، المرجع نفسه، 1993، العدد 4، ص 46.

[4] - المحكمة العليا، غ.ع، 2007/06/13، ملف رقم 404069، إ.ق.غ.ع، 2010، ج3، ص 345.

[5] - المحكمة العليا، غ.ع، 2009/04/08، ملف رقم 506915، إ.ف.غ.ع، عدد خاص، 2010، ج3، ص 349 ؛ غ.م، 1997/06/25، ملف رقم 148810، المشار إليه.

[6] - زرارة عوطف، إلتزامات الجوار في القانون المدني الجزائري، المرجع المذكور، ص 88 وما بعدها ؛ خوادجية حنان، قيود الملكية العقارية الخاصة، الرسالة المذكورة، ص 100 وما يليها.

القاضي الحكم بغرامة مالية تهديدية على المالك عن كل يوم أو عن كل وحدة من الزمن، لا يقوم فيها الجار بإزالة الضرر الحاصل عينيا، أو بالأعمال المحددة في الحكم القضائي (م 174 و175 من ق.م).[1]

ونلاحظ بأن الإعتبارات الموضوعية التي ذكرها المشرع الجزائري، بشأن تحديد الضرر الفاحش غير المألوف في المادة 2/691 من ق.م، ليساعد القاضي في كشف طبيعة المضار وتحديدها، إنما هي واردة على سبيل المثال لا الحصر، إذ يجوز لقضاة الموضوع أن يراعوا أي إعتبارات موضوعية أخرى مأخوذة من ظروف ومقتضيات الزمان والمكان المختلفة، بما فيها مسايرة التطورات الصناعية الحاصلة، لتحديد ما إذا كان الضرر مألوفا أوغير مألوفا.[2]

ومن هذا المنطلق، حكمت المحكمة العليا في قرار مشهور حديث بأنه : "يجب على قضاة الموضوع عند الأمر بهدم بناء لمخالفته رخصة البناء، والإضرار بالجار ضررا غير مألوف، تحديد مضار الجوار غير المألوفة، بتبيان الضرر المذكور، والتأكد من تجاوز حدود الملكية، وتوضيح مواطن المخالفة لمواصفات رخصة البناء، وفقا لأحكام المادة 691 من ق.م ؛ وهي نقائص تشكل قصورا في التسبيب وانعداما للأساس القانوني، مما يستوجب معه نقض وإبطال القرار المطعون فيه."[3]

ونلاحظ أنه لا يجوز للجار أن يكون له على جاره مطل مواجه على مسافة تقل عن مترين، وتقاس المسافة من ظهر الحائط الذي يوجد له مطل، أو من الحافة الخارجية للشرفة (م 709 من ق.م).[4]

---

[1] - المحكمة العليا، غ.م، 2006/02/15، ملف رقم 392249، م.م.ع، 2006، العدد1، ص 249 ؛ 1990/05/28، ملف رقم 41112، م.ق، 1992، العدد2، ص 117 ؛ وراجع للإستزادة: د. بلحاج العربي، أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، دار هومه، الجزائر، ط2، 2015، ص 153 وما بعدها.

[2] - معيار الضرر غير المألوف هو معيار مرن، فهو معيار موضوعي لا معيار شخصي، يتكيف مع ظروف الزمان والمكان المختلفة، وفقا لظروف الحالة المعروضة ؛ مع مسايرة التطورات الصناعية الجديدة مستقبلا. انظر د. عبد المنعم البدراوي، الحقوق العينية، ص 110 وما بعدها ؛ د. منصور منصور، حق الملكية، ص 54 وما يليها.

[3] - المحكمة العليا، غ.ع، 2007/09/12، ملف رقم 406647، إ.ق.غ.ع، 2010، ج3، ص 341.

[4] - المحكمة العليا، غ.م، 1985/05/29، ملف رقم 33909، م.ق، 1992، العدد4، ص 22.

4- الترخيص الإداري لا يحول دون مسؤولية المالك :

ومن جهة أخرى، **إذا ما كان الإستعمال الذي قام به المالك وأفضى إلى الإضرار بالجار مقرونا بترخيص من الجهة الإدارية المختصة**، فإن هذا الترخيص لا يرفع مسؤولية المالك عن الأضرار الفاحشة غير المألوفة التي يلحقها بالجار ؛ وذلك لأن **الترخيص الإداري مجرد تدبير وقائي يهدف إلى حماية المصلحة العامة فحسب** (Nonobstant l'autorisation administrative)[1]، فلا شأن لهذا الترخيص بحقوق الغير فيما إذا أصابه أضرار غير مألوفة.[2]

وفي هذا الشأن، أشارت المحكمة العليا في قرار حديث لها بأن : تمسك المطعون ضده بوجود ترخيص إداري يسمح له بممارسة نشاط فلاحي يتعلق بتربية الحيوانات والدواجن، لا يعفيه من إزالة هذه المنشآت الفلاحية التي أقيمت في منطقة عمرانية سكنية، باعتبارها من مضار الجوار غير المألوفة، وبما فيها من الأضرار الجسيمة اللاحقة بالبيئة. ومن ثم، فإن قضاة الإستئناف بمخالفتهم لنتائج تقريري الخبرتين المنجزتين التي أكدت تلك الأضرار وخطورة النشاط الممارس، يكونون بقضائهم قد خالفوا القانون وعرضوا قرارهم للنقض والإبطال.[3]

وهذا إجتهاد قضائي سليم له أساس قانوني، إعمالا بأحكام المادة 1/691 من ق.م، لأن الترخيص لا يسبغ على فعل المالك وصف الإباحة ؛ فإن **وجود وثائق إدارية من الجهات المختصة، لا تعطي لمالك العقار حق التمسك بالترخيص، بغرض إعفائه من مسؤولية مضار الجوار غير المألوفة**، لأنها تسلم قانونا للمالك تحت شروط وتحفظات مراعاة حقوق الغير وحماية البيئة ؛ بأن يستوفي الشروط التي تستلزمها القوانين واللوائح للصالح العام لمباشرة هذا الإستغلال، وعليه أن يراعي مصلحة الجيران.[4]

---

[1] - انظر د. **إقلولي صافية**، قانون العمران الجزائري، دار هومه، 2014، ص 136 وما بعدها ؛ أ. **منصوري نوارة**، قواعد التهيئة والتعمير وفق التشريع، دار الهدى، 2010، ص 38 وما يليها.

[2] - **نقض مدني فرنسي**، 1، 2004/07/13، دالوز، 2004، IR، 2349 ؛ 2، 1996/10/09، Bull Civ، 2، رقم 231 ؛ 3، 1978/03/20، دالوز، 1973، Bull. Civ، رقم 128.

[3] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2008/03/12، ملف رقم 443620، م.م.ع، 2008، عدد2، ص 257.

[4] - "من المقرر قانونا أن رخصة البناء تسلم للمعني بشرط مراعاة حقوق الغير، وعدم الإضرار بالجوار، وفقا لنص المادة 691 من ق.م".

فيبقى صاحب المصنع مثلا، الذي رخصت له الإدارة بإنشائه، مسؤولا عن كافة الأضرار التي تتجاوز الحد المألوف للجيران، كالأضرار التي تنشأ من إستغلال مصنعه المقلقة لراحة السكان المجاورين أو المضرة بصحتهم، من إزعاج وتلوث للبيئة ؛[1] فهو ملزم قانونا بأخذ كل الأجراءات الضرورية للمحافظة على راحتهم وصحتهم، بإزالة الضرر عينا، أو التعويض عن الأضرار الحاصلة للجوار، ويجوز لقضاة الموضوع الجمع بين الجزاءين.[2]

ث- الشرط المانع من التصرف :

المراد من الشرط المانع من التصرف (Clause d'inaliénabilité) هو الشرط الوارد في تصرف ما، كالعقد أو الوصية، الذي يمنع المتصرف إليه من التصرف في مال من أمواله، أو يقيد من سلطته في هذا التصرف في أمواله، متى توافرت فيه شروطا معينة ؛ وذلك يعد في الحقيقة خروجا على القاعدة العامة التي تقضي بأن للمالك حرية التصرف فيما يملكه كما يشاء (م 674 من ق.م)[3].

فالشرط المانع من التصرف هو قيد يحد من سلطات المالك، إرتضاه بإرادته، يمتنع عليه بمقتضاه أن يبرم تصرفا مخالفا للشرط المانع (inaliénabilité) ؛ **فهو من القيود الاتفاقية أو الإرادية،** إذ أجاز القانون لإرادات الأشخاص التقييد من السلطات المخولة للمالك (Droit de retour conventionnel)، **بشرط عدم المساس بجوهر حق الملكية ذاته، لأن بقاء سلطة التصرف للمالك هو أمر يتعلق بالنظام**

المحكمة العليا، غ.ع، 2007/06/13، ملف رقم 404069، م.م.ع، 2008، عدد 1، ص 197 ؛ 2002/09/12، ملف رقم 410719، إ.ق.غ.ع، عدد خاص، 2010، ج3، ص 353.

[1] - **بلقاسم دايم**، الحماية القانونية للسكينة العامة، البحث المذكور سابقا، ص 99 وما بعدها.

[2] - راجع المواد 18 و19 و20 و74 و113 من القانون رقم 10/03 المؤرخ في 2003/07/19، المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة (**الجريدة الرسمية**، العدد 43، المؤرخ في 2003/07/20) ؛ والمادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 339/98 المتعلق بالمنشآت المصنفة (**الجريدة الرسمية**، العدد 82، المؤرخ في 1998/11/04) ؛ والمواد 2 و3 و4 من المرسوم التنفيذي رقم 184/93 المنظم لإثارة الضجيج (**الجريدة الرسمية**، العدد 50، المؤرخ في 1993/07/28).

[3] - **نقض مدني مصري**، 2006/03/21، طعنان رقم 5961 و61030، لسنة 73 ق ؛ 2002/03/10، طعن رقم 4149، لسنة 69 ق ؛ 1994/01/26، طعن رقم 2336، لسنة 56 ؛ س 54، ص 248 ؛ 1975/12/31، س 26، ص 1746.

العام (م 674 من ق.م) ؛[1] بأن يكون الاتفاق صحيحا لتحقيق مصلحة جدية ومشروعة للمتصرف أو المتصرف إليه أو للغير، ولمدة معقولة محدودة، لا يخالف الإتفاق النظام العام والآداب العامة (م 93 من ق.م المعدلة بالقانون رقم 10/05).

وجدير بالذكر أن عدم قابلية المال للتصرف، قد يكون مصدرها النص القانوني مباشرة (L'inaliénabilité prévus par la loi)، كإشتراط عدم جواز التصرف في الأموال العامة (م 689 من ق.م))، وقد يكون مصدرها الأرادة في تصرف بنقل الملكية (indisponibilité conventinnelle des biens)، والذي غالبا ما نجده في عقود التبرع، كما هو الشأن بالنسبة للمال محل الشرط المانع من التصرف الوارد في الوصية، أو في عقد هبة صريحة أو مستترة في عقد بيع (L'inaliénabilité résulant d'un acte juridique).

أولا : الطبيعة القانونية لشرط المنع من التصرف

الأصل أن القانون لا يجيز شرط المنع من التصرف، لما فيه من تقييد لحرية المالك في التصرف، ولما فيه المساس بحقوق المتصرف إليه، فللمالك التصرف فيما يملكه كما رأينا سابقا، باعتبار خصيصة التصرف هي جوهر حق الملكية ؛[2] **غير أنه أجيز شرط المنع من التصرف لمدة محدودة، إستثناء لحماية مصلحة مشروعة يقرها القانون،** غير منافية لمقتضى العقد ولا تخاف النظام العام، وكذا تشجيعا لحرية تداول الأموال والثروات في المجتمع، حتى لا تحبس الأملاك العقارية عن التداول.[3]

فلا يجوز قانونا تقييد سلطات المالك في التصرف فيما يملكه بصفة مؤبدة، ويترك تقدير معقولية مدة المنع، وكذا جدية ومشروعية المصلحة

---

[1] - نقض مدني فرنسي، 2007/10/31، 1، دالوز، 2007، 2954، تعليق Bigot de la touanne ؛ 1994/06/15، دالوز، 1995، 342، تعليق، Leborgne.

[2] - د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج8، ص 507 ؛ د. إسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، ج1، فقرة 37، ص 74 ؛ د. حسن كيرة، الحقوق العينية الأصلية، ص 127 وما يليها ؛ د. عبد المنعم فرج الصدة، حق الملكية، ص 127 وما بعدها.

Voir Ph.Simler, Les Clauses d'inaliénabilités, D. 1971, Lég.416-1 ; M.Morin, Les Clauses d'inaliénabilités, Rép.Defrénois. 1971, Art 29982.

[3] - نقض مدني فرنسي، 1858/04/20، سيري، 1858، 1، 589 ؛ 1، 1975/01/08، Se,.Jur، 1976، 2، 18240، تعليق Thuillier.

المراد تحقيقها للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، حسب ظروف كل حالة وملابساتها، بأ لا يخالف الشرط الوارد في العقد أحكام الشرط المانع والنظام العام والآداب العامة ؛ ولا رقابة عليه في ذلك من محكمة النقض، متى بنى حكمه على أسباب سائغة.[1]

فقد نصت أغلب القوانين المدنية العربية،[2] وكذا القانون المدني الفرنسي بعد عام 1971،[3] على أنه : إذا تضمن العقد أو الوصية، شرطا يقضي بتقييد حقوق المتصرف إليه بمنعه من التصرف في مال، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنيا على باعث مشروع لحماية مصلحة مشروعة، ومقصورا على مدة معقولة. ومن ثم، يقع باطلا كل شرط يمنع المتصرف إليه من التصرف، ما لم تتوافر فيه شروط المنع من التصرف.

وعلى هذا، فإنه يشترط في شرط المنع من التصرف الوارد في عقد ناقل للملكية، كالبيع أو الوصية أو الهبة، أن يكون مقصورا على مدة مؤقتة معقولة، أي لمدة محدودة ؛ وأن يكون مبنيا على باعث مشروع، لتحقيق مصلحة جدية مشروعة جديرة بالحماية القانونية للمتصرف أو المتصرف إليه أو الغير.[4]

ولم يرد في القانون المدني الجزائري، نصا ينظم شروط وأحكام الشرط المانع من التصرف وجزاء مخالفته ؛ غير أنه بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي أحال إليها المشرع (م1/1 من ق.م)، يتضح بأن الفقهاء في الفقه الإسلامي يقرون بشرط المنع من التصرف، لأن **الأصل في**

---

[1] - نقض مدني مصري، 1994/01/26، طعن رقم 2336، لسنة 56 ؛ س 54، ص 248.

[2] - المادة 823 و824 مدني مصري، و777 و778 و779 مدني سوري، و1028 و1029 مدني أردني، و1145 و1146 مدني إماراتي، و815 مدني كويتي، و832 و833 مدني ليبي، و703 و704 مدني سوداني.

[3] - المادة 1/900 من القانون المدني الفرنسي رقم 526/71 المؤرخ في 1971/07/03، المعدلة بالقانون رقم 562/84 الصادر في 1984/07/04.

[4] - كإشتراط الواهب في عقد الهبة، عدم التصرف في العقار الموهوب بكافة التصرفات، حتى يبلغ الموهوب له القاصر سن الرشد، وذلك حماية له من تبذيره وطيشه وعدم خبرته ؛ وكإشتراط الموصي عدم التصرف بالعقود الناقلة للملكية في العين الموصى بها حتى تبقى للأسرة من الأولاد والأحفاد ؛ وكإشتراط الإدارة عدم التصرف في السكن الوظيفي المخصص للمنسوبين لها، وإرجاعه للإدارة عند الإستقالة أو بالوفاة.

الشروط الجواز والصحة والإباحة ؛ وذلك لأن "المسلمين عند شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما".[1]

فإذا كان المقصود من الشرط المانع غير محظور، يحقق مصالح معتبرة مشروعة، مقترن بمدة معقولة، للمتصرف أو المتصرف إليه أو الغير، وفقا للحاجة التي دعت إليه، لا تتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية، ولا تخالف مقتضى التصرف الناقل للملكية ؛ كما لو أراد المتصرف أن يحمي المتصرف إليه من سوء تصرفه لمدة مؤقتة معقولة، كان الشرط المانع من التصرف صحيحا ؛ فإذا خولف الشرط المانع كان التصرف المخالف باطلا لعدم قابلية المال للتصرف.[2] وقد رفض بعض فقهاء الفقه الإسلامي تقرير صحة الشرط المانع من التصرف لأنه يحرم المالك من سلطة التصرف في ماله، واعتبروه شرطا فاسدا للعقد.[3]

وكان يستحسن ضمن التعديلات المهمة لعام 2005 إدخال نص جديد تكون صياغته كالتالي : "**إذا كان شرط المنع من التصرف في مال، الوارد في العقد أو الوصية، مشروعا ولمدة محددة، فكل تصرف من المتصرف إليه مخالف له يقع قابلا للإبطال**".

وجدير بالتنويه أن المادة 104 من المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، تنص صراحة على أنه : يستوجب على المحافظ العقاري أن يتحقق بأن البطاقة العقارية غير مؤشر عليها بأي سبب يقيد حرية المتصرف في الحق. مما يوضح لنا بأن الشرع الجزائري يأخذ بالشرط المانع من التصرف.

وقد أخذت المحكمة العليا في قراراتها المشهورة بالشرط المانع من التصرف، حيث حمكت من أنه : "من المقرر قانونا أنه يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بإلتزام معين، حيث يتوقف تمام الهبة على إنجاز الشرط المتفق عليه"[4].

---

1 - رواه البخاري والترمذي وأبو داود والبيهقي.

2 - أنظر إبن قدامة، المغني، ج4، ص 49 و50 ؛ إبن رشد، البداية والنهاية، ج2، ص 113 ؛ المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ص 830.

3 - د. محمد سوار، حق الملكية في ذاته، ص 94 وما بعدها.

4 - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1998/06/16، م.إ.ق.غ.أ.ش، عدد خاص، 2001، ص 284.

ثانيا : شروط صحة شرط المنع من التصرف :

ليس للمالك أن يشترط في تصرفه، سواء كان عقدا أو وصية، شروطا تقيد حقوق المتصرف إليه، إلا إذا كانت هذه الشروط لمدة محددة، لتحقيق مصالح مشروعة، قصد بها حماية مصلحة جدية مشروعة للمتصرف أو المتصرف إليه أو الغير، وإلا وقع الشرط باطلا. ومن ثم، يشترط لصحة شرط المنع من التصرف ثلاثة شروط هي كالآتي :

1- أن يكون شرط المنع واردا في عقد ناقل للملكية :

يشترط لصحة شرط المنع أن يكون التصرف ناقلا للملكية أو منشئا لحق عيني أصلي، فلا يتصور الشرط المانع من الناحية العملية إلا ضمن التصرف الناقل أو المنشئ للحق ؛ بأن **يكون شرط المنع من التصرف واردا في عقد ناقل للملكية** ؛[1] أما أن يضاف هذا الشرط بعد إجراء النقل أو الإنشاء، فإن مثل هذه الصورة لا يجيزها القانون المدني الجزائري.

كأن يرد الشرط المانع في عقد هبة أو وصية، وهي من التبرعات (Donations)، سواء كان محل التصرف عقار أو منقولا أو إيرادا مرتبا مدى الحياة (Rente viagère) ؛[2] وإن كان من الصعب إعمال هذا الشرط بالنسبة للمنقول، نتيجة لقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز إذا كان حسن النية وقت حيازته (م 835 من ق.م). ويجوز الإتفاق على الشرط المانع في عقود المعاوضات كالبيع مثلا، أو في أي عقد يرتب إلتزامات شخصية،[3] يقيد بمقتضاها حقوق المتصرف إليه لمدة محددة ؛ حيث يكون العقد أحيانا هبة صريحة أو مستترة في بيع.[4]

---

[1] - Voir Planiol (M) et Ripert (G),Traité Pratique du droit civil Français, 2° éd.1952, op.cit, N° 2426, p. 848.

[2] - نقض مدني فرنسي، 1، 1982/07/20، R.T.D.Civ، 1983، 376، ملاحظات Pantarin ؛ 1982/04/13، دالوز، 1993، Somm، 222، ملاحظات Grimaldi.

[3] - المادة 3/823 مدني مصري.

[4] - المادة 1/900 من القانون الفرنسي رقم 526/71 المؤرخ في 1971/07/03 ؛ نقض مدني فرنسي، 1، 1982/04/13، المشار إليه.

ويصح أن يتناول هذا الشرط حق الإنتفاع (Droit de jouissances)، فيشترط المالك على المنتفع عند تقرير حق الإنتفاع عدم التصرف في هذا الشيء[1] ويجوز أن يشترط المتصرف الإنتفاع بالعين طول حياة المتصرف إليه، فيكون الشرط المانع من التصرف مؤكدا لذلك.[2]

كما أنه يصح هذا الشرط في الوعد بجائزة الموجه للجمهور (وهو تصرف بالإرادة المنفردة)، وكانت الجائزة عقارا معينا، إذا اشترط الواعد شرطا يمنع التصرف في العقار. وكذلك قد يرد شرط المنع في عقد الرهن الرسمي، كإشتراط الدائن المرتهن على المدين الراهن عدم التصرف في العقار المرهون طيلة مدة الرهن، وذلك حتى يتجنب إجراءات تتبع العقار، ويتلافى المخاطر المترتبة عن التطهير.[3]

وقد يرد في القانون الإداري ما يمنع الموظف أو المؤسسات مثلا من التصرف في أموال الدولة، غير أن القوانين التي تخصص هذه الأموال العامة أو الخاصة لإحدى المؤسسات تحدد شروط إدارتها، وعند الإقتضاء شروط عدم التصرف فيها (م 689 من ق.م).[4]

---

[1] - نقض مدني فرنسي، 1994/06/1،15، المشار إليه ؛ 1990/07/10، JCP، 1990، 2، 197 . تعليق Salvage.

[2] - نقض مدني مصري، 1994/01/26، طعن رقم 2336، لسنة 56 ؛ س 54، ص 248.

[3] - د. حسن كيرة، الحقوق العينية الأصلية، 1992، فقرة 53، ص 122 ؛ د. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، فقرة 94، ص 136.

[4] - "من المقرر قانونا انه **لا يجوز التصرف في أموال الدولة، أو حجزها، أو تملكها بالتقادم**، وفقا للمادة 689 من ق.م. ومن ثم، فإن التمسك بالتقادم المكسب، لكسب أملاك مؤسسة عمومية غير مبرر قانونا...".

أنظر المحكمة العليا، غ.ع، 2014/06/12، ملف رقم 851484، م.م.ع، 2014، عدد1، ص 367 ؛ 2013/05/09، ملف رقم 770511، م.م.ع، 2014، عدد2، ص 291؛ 2009/10/15، ملف رقم 546751، إ.ق.غ.ع، عدد خاص، 2010، ج3، ص 404 ؛ تعليق د. **لحلو غنيمة**، المرجع نفسه، ص 408 وما يليها ؛ 2001/07/26، ملف رقم 198170، المرجع نفسه، ص 223 ؛ تعليق أ. **بوتارن فايزة**، ص 227 ؛ 2000/07/26، ملف رقم 198170، غير منشور؛ 2000/04/26، ملف رقم 196049، غير منشور ؛ 2000/01/26، ملف رقم 191108، غير منشور ؛ 2000/11/22، ملف رقم 200495، إ.ق.غ.ع، عدد خاص، 2004، ج2، ص216 ؛ 1998/06/24، م.ق، 1999، العدد1، ص 72 ؛ 1993/01/27، ملف رقم 100370، م.ق، 1995، العدد1، ص 107.

2- أن يكون الشرط مبنياً على باعث مشروع :

أي لحماية مصلحة جدية مادية أو أدبية مشروعة، للمتصرف أو المتصرف إليه أو الغير ؛ بأن تكون ثمة مصلحة مشروعة يقرها القانون تدفع إلى إشتراط المنع (م 97 و98 و204 من ق.م) ؛ ويعود تقدير مشروعية المصلحة وجديتها لقضاة الموضوع. فلا يقبل قانونا من شخص أن يبيع أن يبيع لآخر عقارا مثلا، ويشترط عليه عدم التصرف فيه لغير مصلحة ظاهرة.

ويراد بالمصلحة المشروعة المصلحة الجدية المعتبرة (intérêt sérieux et légitime)، التي تبرر إحترام رغبة مشترط المنع، أن يكون التصرف قصد منه **حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو المتصرف إليه أو لأجنبي (الغير) بالشرط المانع من التصرف.**[1]

والمفروض أن للشرط المانع باعثا مشروعا، إلى أن يثبت المتصرف له أن الباعث غير مشروع (م 98 من ق.م) ؛[2] ومثال الباعث المشروع : كأن يهب الواهب أموالا لموهوب له ناقص الأهلية (donation)، فيشترط منعه من التصرف حتى يبلغ سن الرشد، حماية له من سوء تدبيره/ لضمان بقاء الأموال لأسرة الواهب (Concervation des biens dans la famille du donateur) ؛[3] أو كأن يشترط الموصي عدم تصرف الموصى له في الشئ الموصى به حماية من طيشه وتبذيره ؛ أو كأن يشترط البائع على المشتري عدم التصرف في المبيع حتى يتم الوفاء بكامل الثمن، تأكيدا لحقه في الإمتياز، وتجنبا لإجراءات التتبع في مواجهة الغير ؛[4] وكأن تشترط الإدارة على الموظف في عقد الإستفادة بالسكن الوظيفي عدم التصرف فيه بالبيع أو الإجارة أو الهبة طيلة مدة الإستفادة.

ومن هذا المنطلق، يجب أن لا يخالف شرط المنع من التصرف النظام العام أو الآداب الحميدة (م 93 من ق.م المعدلة بالقانون رقم 10/05) ؛ بأن لا يعارض نصا آمرا من النصوص القانونية أو الشرعية ؛ لأن بقاء سلطة التصرف للمالك هو أمر يتعلق بالنظام العام كما أشرنا، فلا يجوز الأخذ

1- نقض مدني فرنسي، 1، 1994/06/15، دالوز، Somm، 1995، 345.
2- نقض مدني فرنسي، 1، 1994/06/15، المشار إليه.
3- نقض مدني فرنسي، 1، 1985/11/20، R.T.D.Civ، 1986، 620، ملاحظات Pantarin.
4- نقض مدني فرنسي، 1، 1994/06/15، المشار إليه ؛ 1985/10/09، R.T.D.Civ، 1986، 622، ملاحظات Pantarin ؛ 1980/06/25، دالوز، 1981، I.R، 90، تعليق الأستاذ D. Martin.

بفكرة شرط المنع من التصرف إذا كان الشرط يستخدم لتحقيق أغراض غير مشروعة تتنافى مع مبادئ القانون، حيث تجعله منافيا لمقتضى العقد.

وعلى من يتمسك بشرط المنع من التصرف، **إثبات المصلحة الجدية والمشروعة التي يهدف إلى تحقيقها** (il appartient à celui se prévaut d'une telle clause d'inaliénabilité de justifier de l'interet sérieux et légitime)[1]؛ بأن يكون المنع من التصرف مبنيا على باعث مشروع، لحماية مصلحة جدية ومشروعة للمتصرف أو للمتصرف إليه أو للغير.[2] وتقدير مشروعية المصلحة المراد حمايتها بالشرط، ومدى معقولية المدة المحددة لسريانه، هو أمر موكول للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، ولا رقابة عليهم في ذلك من محكمة النقض.[3]

3- أن يكون المنع من التصرف مقصورا على مدة معقولة :

بأن يكون الشرط المانع لمدة محددة (La clause d'inaliénabilité doit être temporaire)، أي مقصورا على مدة معقولة ؛ فلا يجوز أن يكون المنع من التصرف منعا دائما، بحيث يخرج المال محل التصرف من دائرة التعامل بتاتا ؛ إذ **لا يجوز قانونا أن يكون الشرط المانع مؤبدا، ولا جعله لمدة طويلة تتجاوز الضرورة التي دعت إليه** (interdiction absolue et indéfinie) ؛ لأن الأصل في القانون المدني الجزائري هو تحريم الشرط المانع، لكونه مساسا خطيرا بحق المالك في التصرف في الجانب القانوني، وكذا بحرية تداول المال والأموال من الناحية الإقتصادية.[4]

فالشرط المؤبد المانع من التصرف هو إلتزام سلبي بالإمتناع عن عمل يجرد المالك من سلطته في التصرف، ينقص من أهلية الأداء ؛ ومن ثم يجرد حق الملكية من مضمونه الجوهري الأساس وهو سلطة التصرف، كما أنه

---

[1] - نقض مدني فرنسي، 1 ، 2007/10/31، دالوز، 2007، 2954، تعليق الأستاذ Bigot de la touanne.
Cf. G. Marty. indisponibilité conventinnelle des biens , L.P.A, 21 et 22 Nov 2000 ;
Ph.Simler, Les Clauses d'inaliénabilités, D. 1971, op.cit, Lég.416-1.

[2] - تعليق الأستاذ لوبورن Leborgne على نقض مدني فرنسي، 1994/06/15، المشار إليه.

[3] - نقض مدني مصري، 2006/03/21، طعنان رقم 5961 و61030، لسنة 73 ق ؛ 2002/03/10، طعن رقم 4149، لسنة 69 ق ؛ 1994/01/26، طعن رقم 2336، لسنة 56 ؛ س 54، ص 248 ؛ 1975/12/31، س 26، ص 1746.

[4] - Voir Weill (A), Terré (F), Simler (Ph), Droit civil, Les Biens, op.cit, N° 118.

يحبس العقارات والأموال عن التداول.[1] وهو أمر مخالف للنظام العام وفقا للمادة 204 من ق.م، إذ لا يجوز أن يكون المنع منعا دائما على سبيل التأبيد، إلا بنص في القانون، كما هو الشأن في الوقف.[2]

فإذا كان الشرط المانع منعا دائما مؤبدا (clause d'inaliénabilité perpétuelle)، كان شرطا باطلا، ويبقى التصرف الذي تضمن الشرط المانع صحيحا، ما لم يكن الشرط هو الدافع لإبرام التصرف، فيبطل قانونا كل من الشرط والتصرف معا (م 104 من ق.م).[3] وعلى هذا، ذهب بعض الفقهاء إلى اعتبار الشرط المانع من التصرف مدى حياة المتصرف إليه باطلا بطلانا مطلقا، لأنه يجرد المالك من أهم سلطة من السلطات الأساسية التي يخولها حق الملكية.[4]

وتقدير ما إذا كانت مدة المنع معقولة أو غير معقولة، من مسائل الواقع متروك لتقديرها لقضاة الموضوع، ولا معقب عليهم من محكمة النقض؛ حسب ظروف كل حالة وملابساتها، ولو كانت هذه المدة تستغرق حياة أحد الأشخاص من ذوي الشأن؛[5] فقد اعتبرت بعض المحاكم الفرنسية بأن المدة المعقولة يمكن أن تستغرق حياة المتصرف.[6] وذهب القضاء الفرنسي في تطور

---

[1]- Par application combinée des art 900/1 et 900, une clause d'inaliénabilité perpétuelle dans un legue au profit d'une personne, doit être réputée non ecrite. Voir Aix- en-Provence, 21/06/1999, Dr.Fam, 2000, 122.

[2]- راجع المواد من 213 إلى 219 من ق.أ؛ وكذا القانون رقم 10/91 المؤرخ في 1991/04/27، المتعلق بالأوقاف

"من المقرر شرعا وقانونا أن العين المحبسة، لا يجوز التصرف فيها بأي تصرف ناقل للملكية، سواء بالبيع أو بالهبة أو بغيرهما."

أنظر المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2001/12/19، ملف رقم 223224، إ.ق.غ.أ.ش، عدد خاص، 2001، ص 147؛ 1998/05/19، ملف رقم 189265، إ.ق.غ.أ.ش، عدد خاص، 2001، ص 308؛ 1997/07/16، ملف رقم 200495، م.ق، 1997، العدد 1، ص 34؛ 1994/03/30، ملف رقم 109957، م.ق، 1994، العدد 3، ص 39.

[3]- د. بلحاج العربي، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2014، ج1، فقرة 560 وما يليها، ص 636 وما بعدها؛ ولنفس المؤلف، أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، دار هومه، الجزائر، ط2، 2015، ج1، ص 349 و350.

[4]- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج8، ص 528؛ د. توفيق فرج، المرجع السابق، ص 176؛ د. حسن كيرة، الحقوق العينية الأصلية، ص 127 وما يليها؛ د. عبد المنعم الصده، الحقوق العينية الأصلية، ص 140؛ د. رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ص 57.

[5]- نقض مدني فرنسي، 1994/06/15، دالوز، 1995، 345، تعليق الأستاذ لوبورن Leborgne؛ 1975/01/08، J.C.P، 1975، 2، 345، تعليق الأستاذ تويلر Thuiller.

[6]- محكمة ليون (Lyon)، 1856/06/12، سيري، 1856، 2، 456.

إجتهاداته القضائية المشهورة، إلى صحة شروط المنع من التصرف إذا كانت مؤقتة، وكانت تستهدف تحقيق مصلحة مسروعة.[1]

ولابد من تأكد قضاة الأساس من الباعث المشروع، والمدة المعقولة لصحة الشرط المانع من التصرف ؛ وكل منهما معيار مرن يساير الظروف والملابسات الخاصة بكل قضية من قضايا شرط المنع التي تعرض على القضاء. فالشرط في جوهره تحكم لكونه إستثناء، ومن ثم يجب التضييق في تفسيره.[2] فإذا قام الشك في حكم التصرف، في ضوء عدم وضوح القصد من الشرط المانع، وجب الحكم بجواز التصرف إعمالا للأصل، وهو حرية تصرف المالك فيما يملك (م 674 من ق.م).[3]

ثالثا : آثار شرط المنع من التصرف :

إذا توافرت الشروط السابقة، كان شرط المنع من التصرف صحيحا ومنتجا لآثاره القانونية، وترتب عليه عدم جواز إبرام التصرف الممنوع، بمقتضى الشرط المتفق عليه في العقد ؛ فلا يستطيع المتصرف إليه نقل ملكية المال الممنوع للغير بتصرف من التصرفات الناقلة للملكية، مما يؤدي إلى إخراجه من ذمته. كما أن المنع من التصرف يستتبع بالضرورة عدم جواز الحجز على المال الممنوع التصرف فيه، وهو ما سنوضحه بصورة موجزة فيما يلي :

أ- عدم جواز التصرف الممنوع بمقتضى الشرط :

يترتب على شرط المنع من التصرف عدم جواز التصرف في المال محل المنع، خلال مدة المنع المحددة في العقد، إذ لا يجوز للشخص الممنوع أن يبرم

---

[1] - راجع نقض مدني فرنسي، 31، 2007/10/1، دالوز، 2007، 2954، تعليق Bigot de la touanne ؛ 1994/06/15، مذكور سابقا ؛ 2000/02/08، دالوز، I.R ، 74 ؛ 1985/10/09، R.T.D.Civ، 1986، 622، ملاحظات Pantarin ؛ 1980/06/25، دالـوز، 1981، I.R، 90، تعليـق الأسـتاذ D. Martin ؛ 1994/06/15، دالـوز، 1995، 345، تعليـق الأسـتاذ لوبـورن Leborgne؛ 1982/04/13، دالـوز، 1993، Somm ، 222، ملاحظـات الأسـتاذ Grimaldi ؛ 1975/01/08، J.C.P، 1975، 2، 345، تعليق الأستاذ تويلر Thuiller.

[2]- Voir Fouquet. Note sous Aix- en-Provence, 21/06/1999, Dr.Fam, 2000, 122 et s.

[3]-Voir Rose-Ackerman, inaliénabilité et théorie du droit de propriété, Rev.Rech.Jur, 1987, 2, 533 et s .

تصرفا من التصرفات الممنوعة عليه بمقتضى الشرط المانع الوارد في العقد أو الوصية، لأن العقد شريعة المتعاقدين (م 107 و107 من ق.م).[1] ومن ثم، يقع التصرف المخالف للشرط المانع باطلا، دون فسخ التصرف الأصلي، لعدم قابلية المال للتصرف، إذا كان الشرط المانع هو الدافع إلى هذا التصرف ؛ حتى ولو كان من تعامل مع المتصرف إليه حسن النية بالفعل.[2]

ويكون التصرف الذي اشتمل على الشرط المانع الباطل، الذي ليس له باعث مشروع، ولم تكن له مصلحة جدية مشروعة، باطلا من الناحية القانونية ؛ أما إذا كان التصرف تبرعا، ولم يكن الشرط المانع هو الدافع صح التبرع ولغي الشرط. ولا يحتج بشرط المنع من التصرف على الغير إلا إذا كان على علم به وقت التصرف، أو كان في مقدوره أن يعلم به ؛ فإذا كان محل المنع من التصرف عقارا وتم شهره، فإنه يعتبر حجة على هذا الغير من تاريخ شهره.[3]

فإذا كان الشرط المانع خاصا بالتصرفات الناقلة للملكية، معاوضة أم تبرعا، جاز في المقابل ترتيب حق إنتفاع، أو إرتفاق على الشيء الممنوع التصرف فيه، كما يجوز رهنه، باعتبارها تصرفات لا تتضمن نقل الملكية، ومن ثم غير محظورة بمقتضى الشرط ؛ أما أعمال الإدارة كالتأجير مثلا، فلا تدخل في نطاق المنع من التصرف، لأنها لا تدخل في معنى التصرف قانونا.[4] أما إذا جاء شرط المنع من التصرف مطلقا ينصرف إلى كافة التصرفات، فلا يجوز للممنوع من التصرف نقل ملكيته، ولا أن يرتب على هذا المال حق إنتفاع أو حق إرتفاق أو حق رهن ؛ لأنه قصد إبقاء المال في ملك المتصرف إلي[5].

ونلاحظ بأنه ليس هناك ما يمنع للغير من تملكه بالتقادم رغم إرادة صاحبه، فالشرط المانع من التصرف لا يقتضي بالضرورة عدم جواز تملك الشيء محل حق الملكية بالتقادم.

1- نقض مدني فرنسي، 1، 1982/04/13، دالوز، 1993، Somm، 222، ملاحظات الأستاذ Grimaldi.

2- الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج6، ص 77 ؛ نقض مدني مصري، 1968/06/27، م.أ.ن، س19، ص 1224.

3- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج8، ص 505 وما بعدها.

4- د. عبد المنعم البدراوي، الحقوق العينية الأصلية، ص 87 وما يليها.

5- نقض مدني فرنسي، 31،1/2007/10، دالوز، 2007، 2954، تعليق الأستاذ Bigot de la touanne ؛ 1980/06/25، دالوز، 1981، I. R، 90، ملاحظات الأستاذ D. Martin.

ب- عدم جواز الحجز على المال الممنوع التصرف فيه :

كما أنه يترتب على الشرط المانع من التصرف، عدم جواز الحجز على المال الممنوع التصرف فيه خلال مدة المنع من التصرف من دائني المتصرف إليه ؛ لكونه يخرج بحكم المنع من ذمة المتصرف، وكذا عن سلطان الدائنين، لأن المنع من التصرف يستتبع بالضرورة عدم القابلية للحجز والتنفيذ على المال الممنوع من التصرف فيه (insaisissabilité)[1].

وذلك نتيجة طبيعية، لأن إشتراط المنع من التصرف ينبني عليه عدم خروج المال من ذمة المتصرف إليه، وهذا الحكم يسري على جميع دائني المتصرف إليه خلال فترة المنع من التصرف، بصرف النظر عن تاريخ نشوء ديونهم. فإذا انقضت مدة المنع أصبح المال جائز التصرف فيه، ومن ثم من الجائز الحجز والتنفيذ عليه، دون تفرقة بين دائن نشأ حقه قبل وجود الشرط المانع من التصرف، أو دائن نشأ حقه أثناء قيام الشرط المانع من التصرف[2].

وهذا لمنع التحايل لإلغاء أثر الشرط المانع أثناء مدة سريان المنع، لأن مثل هذا الشرط لا يكون مجديا ولا محققا للغاية المقصودة منه، ما لم يكن المال في مأمن من أن تمتد إليه أيدي الدائنين الذين نشأت ديونهم أثناء مدة المنع بغرض إدخاله ضمن الضمان العام[3].

ج-جزاء مخالفة شرط المنع من التصرف :

يقع باطلا كل شرط يمنع المتصرف إليه من التصرف، ما لم تتوافر فيه الشروط التي أشرنا إليها. فإذا تخلف شرط من الشروط السابق ذكرها في الشرط المانع من التصرف، كان شرط المنع من التصرف

---

[1] - Le bien donné ou legué affecté d'une Clause d'inaliénabilité ne peut faire l'objet d'une saisie tant que cette clause est en vigueur.

نقض مدني فرنسي، 1، 2007/10/31، المشار إليه ؛ 1994/06/15، مذكور سابقا ؛ 2000/02/08، دالوز، I.R ، 74 ؛ 1985/10/09، R.T.D.Civ ، 1986، 622، ملاحظات Pantarin ؛ 1980/06/25، دالوز، 1981، I.R، 90، تعليق الأستاذ D. Martin.

[2] - د. إسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، ج1، ، فقرة 43، ص 92.

[3] - د. بلحاج العربي، أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، دار هومه، الجزائر، ط2، 2016، ص 34 وما بعدها.

باطلا ((L'annulation de l'aliénation))، أما العقد المتضمن لهذا الشرط، فقد يبقى صحيحا ؛[1] إعمالا لنظرية إنقاص العقد أو البطلان الجزئي (Réduction du contrat)، إذا توافرت شروطها القانونية وفقا للمادة 104 من ق.م.[2] وعلى ذلك، **إذا تضمن العقد شرطا مانعا من التصرف باطلا أو قابلا للإبطال، إقتصر البطلان عليه وحده، وظل العقد قائما** ؛ إلا إذا كان هذا الشرط هو الدافع إلى إبرامه، فيقع العقد باطلا كله.[3]

فقد يكون الشرط موقوفا على إجازة من تقرر المنع لمصلحته، في ضوء المصلحة التي قصدها المشترط من وراء المنع، أو لمدة طويلة ؛ وجاز للقاضي عندئذ إنقاص المدة الطويلة غير المعقولة إلى الحد الذي يراه معقولا، باعتبارها شرطا باطلا أو فاسدا، دون تأثير على العقد الذي تقترن به، ما لم يتبين أن التصرف ما كان ليتم بغير المدة كاملة أو بصفة مؤبدة، ففي هذه الحالة يبطل الشرط والتصرف معا باعتباره صفقة واحدة.[4] ويترك تقدير المصلحة المشروعة وجديتها، وكذا معقولية مدة المنع لقاضي الموضوع، حسب ظروف الدعوى المطروحة أمامه ؛ غير أنه يستوجب عليه أن يوضح الأسباب السائغة لحكمه.[5]

ولا يجوز للمحكمة أن تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها، في قضايا الشرط المانع من التصرف، لأنه لا يتعلق بالنظام العام، بل يجب يتم ذلك

---

[1] - Cass.Civ, 1, 25/06/1980, Sem.Jur, 1980, IV, 340 ; Rouen, 05/04/1905, S, 1907, 2, 225, Note Tissier.

[2] - إذا اشترط في عقد قرض الأشخاص منفعة أو فائدة زائدة على مقتضى العقد، تم إلغاء الشرط الباطل غير المشروع، وصح العقد (م 104 و454 من ق.م). **المحكمة العليا**، غ.م، 1994/04/20، ملف رقم 106745، م.ق، 1994، العدد2، ص 22.

[3] - إلا إذا تبين أن التصرف ما كان ليتم بغير الشرط الباطل، الذي كان هو الدافع للتصرف، ففي هذه الحالة يبطل الشرط والتصرف معا ؛ كأن يكون شرط المنع من التصرف من الشروط الأساسية للتعاقد، والتي بدونها ما كان يتم. انظر تفصيل ذلك: د. **بلحاج العربي**، **مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري**، دار هومه، الجزائر، 2015، ج1، فقرة 560 وما يليها، ص 636 وما بعدها.

[4] - **المحكمة العليا**، غ.أ.ش، 2000/05/23، ملف رقم 243417، إق.غ.أ.ش، عدد خاص، 2001، ص 109 ؛ 1988/06/20، ملف رقم 49575، م.ق، 1991، العدد2، ص 54 ؛ 1984/06/25، ملف رقم 33715، م.ق، 1989، العدد4، ص 99.

[5] - نقض مدني مصري، 2006/03/21، طعنان رقم 5961 و61030، لسنة 73 ق ؛ 1975/12/31، م.أ.ن، س 26، ص 1746.

يطالب ممن تقرر الشرط لحمايته، كالمشترط أو المتصرف إليه أو الغير لأن الغرض من الشرط هو حماية مصلحة خاصة مشروعة ؛[1] إذ لصاحب المصلحة الحق في التمسك بإبطال التصرف المخالف لشرط المنع، كما أن له الحق في إجازة التصرف المخالف فيصير صحيحا.[2] ومن ثم، فإن جزاء مخالفة المنع من التصرف هو البطلان النسبي أو القابلية للإبطال، وليس البطلان المطلق، تتحدد أحكامه وفقا للغرض المقصود من شرط المنع، دون المساس بالتصرف الأصلي.[3]

فالتصرف المخالف للشرط المانع، متى كان الشرط صحيحا، يقع باطلا، والأمر هنا يتعلق بحماية مصلحة خاصة ؛ وبالتالي لا يمكن أن يكون بطلانا مطلقا، بل هو بطلان نسبي يتقرر لمصلحة من تقرر الشرط المانع لحمايته، فيكون لمن شرع الإبطال (Annulabilité) لمصلحته التمسك بإبطال التصرف المخاف لشرط المنع (م 101 من ق.م المعدلة عام 2005).

وقد اعتبر بعض الفقه المصري البطلان المطلق، هو جزاء مخالفة الشرط المانع ؛[4] وهذا ليس بصحيح، لأن المراد بالشرط المانع من التصرف هو حماية مصلحة خاصة لا عامة ؛ فيكون لصاحب هذه المصلحة الخاصة وحده حق التمسك بالبطلان، ويرتفع بطلان التصرف المخالف بإجازة من

---

1 - د. **محمد لبيب شنب**، موجز الحقوق العينية الأصلية، ص 266 وما بعدها ؛ أ. **أنور العمروسي** وآخرون، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني، ج6، ص 531 و532 ؛ د. **منصور مصطفى منصور**، حق الملكية، ص 155 وما بعدها.

2 - د. **حبار محمد**، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري وفي الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، 1988 ؛ ص 433 وما بعدها ؛ د. **بلحاج العربي**، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2015، ج1، فقرة 543 وما يليها، ص 622 وما بعدها.

3 - نقض مدني فرنسي، 1975/01/08، J.C.P، المشار إليه.
Voir Weill (A), Terré (F), Simler (Ph), Droit civil, Les Biens, op.cit, N° 121 et s.

4 - انظر د. **عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط، ج8، ص 528 ؛ د. **سليمان مرقس**، التأمينات، ص 29 وما يليها ؛ د. **جميل الشرقاوي**، نظرية بطلان التصرف القانوني، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1953، ص 113 و14 ؛ د. **محمد عرفة**، حق الملكية، ج1، ص 370.
كما أنه تردد بعض الفقه والقضاء المصريين بين بطلان التصرف المخالف لشرط المنع، أو فسخ التصرف الأصلي الذي يتضمن هذا الشرط. انظر د. **توفيق فرج**، الحقوق العينية الأصلية، ص 176 ؛ د. **محمد قاسم**، موجز الحقوق العينية الأصلية، ص 106 و107 ؛ د. **نبيل سعد**، الحقوق العينية الأصلية، ص 36 و40 وما بعدها ؛ د. **منصور منصور**، حق الملكية، ص 100.

تقرر الشرط لمصلحته وفقا لأحكام المادة 1/102 من ق.م.[1] وهو ما يؤدي إلى تحقيق الغرض من شرط المنع، فلا يجوز للمحكمة أن تقضي بالبطلان بشأنه من تلقاء نفسها، ويقتصر حق طلب الإبطال على من تقرر الشرط لمصلحته ؛ ويجوز لهذا الأخير أن يجيز التصرف المخالف فينقلب صحيحا ؛ وهو أمر جائز من الناحية القانونية (Renonciation à l'inaliénabilité).[2]

وهو ما سارت عليه محكمة النقض المصرية في إجتهاداتها القضائية المشهورة الحديثة التي استقرت عليها، من أن :" البطلان المقرر بالمادة 824 من ق.م لمخالفة شروط المنع من التصرف، وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة، **ليس بطلانا مطلقا، بل هو بطلان نسبي، يقتصر على صاحب المصلحة،** ويتفق مع الغاية من تقرير المنع، وهي حماية مصلحة خاصة مشروعة لأحد **الأشخاص.** ومن ثم، يتحتم قصر المطالبة بهذه الحماية، أو التنازل عنها على صاحب المصلحة وحده، ولا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها".[3]

---

[1] - **المحكمة العليا**، غ.م، 2001/06/20، ملف رقم 247506، م.ق، 2002، العدد1، ص 166 ؛ 2010/10/21، ملف رقم 606876، م.م.ع، 2012، العدد1، ص 118.

[2] - **نقض مدني فرنسي**، 2، 1997/10/08، J.C.P، IV، 2280.

[3] - **نقض مدني مصري**، 2006/03/21، طعنان رقم 5961 و61030، لسنة 73 ق ؛ 2002/03/10، طعن رقم 4149، لسنة 69 ق ؛ 1994/01/26، طعن رقم 2336، لسنة 56 ؛س 54، ص 248 ؛ 1989/11/16، طعن رقم 57/2903، م.ف، 40، ج3، ص 118 ؛ 1975/12/31، م.ا.ن، س 26، ص 1746.

المبحث الثاني

الملكية الشائعة

(La Propriété indivise)

الأصل في الملكية أن تكون فردية، مفرز محلها بصفة متميزة مستقلة ومحددة، وهي الملكية المفرزة العادية، بأن ينفرد بها شخص واحد لا يشاركه ولا يزاحمه أحد في ملكيته (propriété individuelle exercée par le seul propriétaire titulaire des droits exclusifs) ؛ فيكون لمالك الشيء وحده الحق في إستعماله واستغلاله والتصرف فيه (م 674 و675 و676 من ق.م). وهذا هو الأصل في الملكية، وهو الوضع الغالب في الحياة العملية.

غير أنه قد تقوم أحيانا مختلطة، وهي **الملكية شائعة** (La Propriété indivise)، **أو المشاعة أو على الشيوع بين عدد من الملاك** (L'indivision)، وهي صورة أخرى من صور الملكية في القانون المدني الجزائري ؛ تنشأ في حالة تعدد الملاك للشيء الواحد (La Propriété partagée ou collective exercée par plusieurs)، دون تحديد لنصيب كل واحد منهم، فيكون كل من الشركاء في المالك الشائع مالكا لحصة في المال المشاع كله.

فهي الملكية التي يكون محلها شيئا ماديا مملوكا لأكثر من شخص، دون أن تتركز حصة كل منهم في جانب منه بالذات، وإنما تتحدد بصورة رمزية أو حسابية في الحق ذاته ؛ وهي ملكية تثير إشكالات متعددة وصعوبات كثيرة، مما يجعل إستغلال الشيء المشاع أكثر تعقيدا مما لو انفرد بملكيته شخص واحد. وهو ما دفع المشرع الجزائري إلى وضع أحكام تفصيلية تنظمها (م 713 إلى 772 من ق.م)، كما أنه أعطى لكل شريك الحق في طلب القسمة لإنهاء حالة الشيوع (م 722 من ق.م) ؛ واعتد في تنظيمها بإرادة الأغلبية (م 715 و716 و717 و764 من ق.م).

ومن المعلوم أن الشيوع في القانون المدني الجزائري قد يكون عاديا، وهو **الملكية الشائعة بوجه عام** ؛[1] أو جبريا أو إجباريا بنص القانون تنطبق

---

[1] - فقد يرد الشيوع على حق الملكية نفسه، أو على حق عينى آخر، أو حتى على حق الانتفاع.

عليه أحكاما خاصة، **كالشيوع الجبري في الأجزاء المشتركة** في ملكية الطبقات والشقق في العقارات المبنية التي يملكها على الشيوع كافة الملاكين المشتركين[1]؛ كالأرض المقام عليها العقار المشترك ومدخل العمارة والمصاعد والأدراج والأسطح والدهاليز والإرتفاقات المشتركة وغيرها (م 744 و745 و747 من ق.م)،[2] والحائط المشترك (م 707 من ق.م).

وحالة الشيوع قد تكون بين الأشخاص الطبيعية فيما بينهم، كما أنها قد يكون بين الأشخاص الطبيعية والشخص المعنوي، كالعقارات المشاعة بين الخواص والدولة؛ وقد يكون الشيوع أيضا الأشخاص المعنوية.

وقد نظم المشرع الجزائري الأحكام العامة التفصيلية للملكية الشائعة بوجه عام، وهو **الشيوع العادي**، في المواد من 713 إلى 742 من ق.م؛ ثم نظم بعد ذلك **الشيوع الجبري أو الإجباري** بنص القانون، فيما يتعلق بالملكية المشتركة في العقارات المبنية، وهي ملكية الطبقات والشقق (م 743 إلى 772 من ق.م)، والحائط المشترط (م 704 إلى 708 من ق.م)، والطريق الخاص المشترك (م 1 من ق.م).

ونعرض فيما يلي: **لأحكام الشيوع العادي**، وهي القواعد العامة المتعلقة بالملكية الشائعة بوجه عام، ثم نتطرق بعد ذلك **للصور الخاصة للشيوع الإجباري**، بمعالجة أهم تطبيقاته الواردة في القانون المدني الجزائري.

1- التعريف بالملكية الشائعة:

نصت المادة 713 من ق.م على أنه: "**إذا ملك إثنان أو أكثر شيئا، وكانت حصة كل منهم فيه غير مفرزة، فهم شركاء على الشيوع، وتعتبر الحصص متساوية إذا لم يقم دليل على غير ذلك**"[3].

---

[1] - القانون رقم 04/11 المؤرخ في 2011/02/17 الذي ينظم نشاط الترقية العقارية؛ والمرسوم التنفيذي رقم 99/14 المؤرخ في 2014/03/04 الذي يحدد نموذج نظام الملكية المشتركة المطبق في مجال الترقية العقارية وأصناف الأجزاء المشتركة؛ وكذا المرسوم التنفيذي رقم 03/93 المؤرخ في 1993/03/01 المتعلق بالنشاط العقاري.

[2] - **المحكمة العليا**، غ.م، 1991/07/10، ملف رقم 76998، م.ق، 1992، العدد3، ص 35؛ 1990/05/09، ملف رقم 50937، م.ق، 1991، عدد2، ص32.

[3] - وتقابلها المادة 56 و57 من مجلة الحقوق العينية التونسية، و834 مدني ليبي، و1016 مدني عراقي، و1030 مدني أردني، و780 مدني سوري، و825 مدني مصري، و1152 مدني إماراتي، و705 مدني سوداني، و825 موجبات وعقود لبناني.

ومقتضي ذلك، أنه إذا تملك اثنان أوأكثر شيئا معينا، بسبب من أسباب التملك القانونية، دون أن تفرز حصة كل منهم فيه بصفة مفرزة، فهم شركاء على الشيوع، أي على الاختلاط ؛ فالشيوع هو تعدد الملاك للشيء الواحد، دون أن يكون لأي منهم نصيب مفرز محدد، حيث يملك كل منهم حصة شائعة في الشيء بأكمله على نسبة معينة فيه، كالنصف أو الثلث أو الربع[1].

ويفترض وفقا للمادة 713 ق.م، أن الحصص في الملكية الشائعة متساوية، ما لم يقم الدليل على غير ذلك؛[2] فإن حق الشريك في المال الشائع يرد على الشيء بنسبة حصته فيه فقط، بأن يستعمل ويستغل حصته المشاعة كيف شاء، **بشرط ألا يلحق ضررا بحقوق سائر الشركاء الآخرين** (م 714 من ق.م).[3] فالشيوع هو إشتراك شخصين فأكثر في ملكية عين أو حق عيني آخر غير مفرزة حصة كل منهم ؛ فإذا لم يعين مناب كل من الشركاء عند بدء الشيوع يحمل ذلك على تساوي الحصص بينهم، وهذا هو الأصل ؛ فإذا لم يكن هناك تحديد، أو كان هناك شك في التحديد، حسبت الحصص متساوية وفقا لأحكام المادة 713 من ق.م.[4]

وقد نظم المشرع الجزائري **حالة الشيوع الواقعة بين الأشخاص الطبيعية والأشخاص المعنوية العامة**، وحدد كيفية تقسيم العقارات المشاعة بين الدولة والخواص، إما وديا أو قضائيا، وفقا لأحكام المواد من 724 إلى 728 من ق.م.[5]

2- مصادر الملكية الشائعة :

ومصادر الشيوع في الحياة العملية، هي نفسها أسباب كسب الملكية التي سوف نعالجها لاحقا ؛ فقد تكون مصادر إرادية : كالعقد

---

[1] - د. **عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط، ج8، فقرة 485، ص 799.

[2] - "من المقرر قانونا، أنه إذا ملك إثنان أو أكثر شيئا، وكانت حصة كل منهم فيه غير مفرزة فهم شركاء على الشيوع ؛ وتعتبر حصص الشركاء متساوية ما لم يقم دليل على ذلك."
أنظر **المحكمة العليا**، غ.م، 1994/05/04، ملف رقم 110039، م.ق، 1994، العدد2.

[3] - إذا تملك إثنان أو أكثر مالا بسبب من أسباب كسب الملكية، دون أن تفرز حصة كل منهم فيه، فهم شركاء على الشيوع ؛ والأصل في القانون المدني الجزائري أنه عند تعدد الشركاء تحسب الحصص متساوية، أي أن تتساوى أنصبتهم في الملك على الشيوع، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك.

[4] - **المحكمة العليا**، غ.م، 1994/05/04، ملف رقم 110039، المشار إليه.

[5] - المواد من 99 إلى 97 من القانون رقم 30/90 المؤرخ في 1990/12/01 المتضمن **قانون الأملاك الوطنية** المعدل والمتمم ؛ وكذا المادة 39 من المرسوم التنفيذي رقم 454/91 المؤرخ في 1991/11/23.

والهبة والوصية، أو غير إرادية (الوقائع القانونية) : كالتقادم المكسب عن طريق الحيازة وغيرها ؛ فإنه يمكن أن تكتسب الملكية الشائعة بسبب الحيازة المؤدية إلى الكسب عن طريق طول المدة، كأن يحوز شخصان مالا بنية التملك لمدة تزيد على خمس عشرة سنة، فيتملكانه بالتقادم المكسب، وتكون ملكيتهما على الشيوع (م 827 من ق.م).[1]

غير أن أكثر الأسباب انتشارا للشيوع في الجزائر هو الميراث، حيث يصبح مال المورث المتوفى مملوكا لورثته على الشيوع، ويكون الورثة شركاء بحسب حصصهم الشائعة الإرثية حتى تتم القسمة الشرعية. وقد يبقى هذا الوضع الإستثنائي لمدة طويلة مما ينتج عليه تزايد الملاك المشتاعين بحلول ورثة متعددين محل من يموت عنهم، فيزداد عدد الحصص الشائعة ويقل مقدار كل منها، وتتعدد وجهات نظر الملاك في كيفية استغلال المال المشاع، وقد يصل الأمر إلى حد تعطيل الإستغلال ولو مؤقتا.[2] ومن ثم، فقد تتعلق الملكية الشائعة إما من التركة، أو باتفاق أعضاء الأسرة الواحدة، على إنشاء ملكية مشتركة، وهي ما يسمى بـ ملكية الأسرة (م 736 إلى 742 من ق.م)

وقد تناول فقهاء الفقه الإسلامي أحكام الملكية الشائعة، وذكروا بأن الشيوع هو الملك المختلط غير المفرز بين عدد من الملاك دون تحديد لنصيب كل واحد منهم ؛ فهو المال المشترك غير مخصوص بأحد من أصحاب الحصص، بل تتعلق به ملكياتهم جميعا.[3]

وقد يكون مصدر الملك الشائع في الفقه الإسلامي العقد (وهو الإتفاق) : كأن يشترك شخصين أو أكثر في تملك شيء بإرادتهم، دون أن تكون

---

[1] - المحكمة العليا، غ.م، 2003/09/24، ملف رقم 251665، م.ق، 2003، عدد2، ص249 ؛ 2001/02/22، ملف رقم 232678، م.ق، 2001، العدد 1، ص264 ؛ 1992/01/21، ملف رقم 82285، م.ق، 1995، العدد 1، ص 97.

[2] - أنظر أ. يوسف دلاندة، الوجيز في الملكية العقارية الخاصة الشائعة، دار هومه، الجزائر، 2014، ص 66 وما بعدها ؛ د. بلحاج العربي، أحكام التركات والمواريث في قانون الأسرة الجزائري الجديد، الدار نفسها، ط2، 2015، ص 116 وما بعدها.

[3] - د. بلحاج العربي، الوجيز في الحقوق العينية في ضوء الفقه الإسلامي، المرجع المذكور، ص 78 وما بعدها ؛ ولنفس المؤلف: النظريات العامة في الفقه الإسلامي، د.م.ج، الجزائر، 2001، ص 161 وما بعدها. راجع المادة 745 و746 من مرشد الحيران، وكذا المواد من 1060 إلى 1073 من مجلة الأحكام الشرعية ؛ المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، المادة 1030 من ق.م.أ.

مفرزة حصة كل واحد منهم فيه، كما إذا اشترى شخصان مالا في الشيوع (وهي ما يسمى عندهم ب شركة المبتاعين) ؛ **وقد يقع الشيوع بطريق الهبة أو الوصية**، كما إذا أوصى الموصي لإثنين بمال على الشيوع ؛ **أو بالميراث** (وهي شركة الإرث) في المال الموروث دون إختيار من الورثة الشرعيين من لحظة وفاة المورث لحين إجراء القسمة الشرعية، حيث تكون حصص الورثة شائعة في التركة. وقد يكون الشيوع عند المالكية **بالتلاصق في الأملاك المتجاورة المتلاصقة**، كما هو الحال في الجوار (كالحائط المشترك، والطريق الخاص المشترك، وملكية التعلي والسفل...).[1]

3- الطبيعة القانونية لحق الشريك في الشيوع :

يعتبر حق الشريك في الشيوع هو حق ملكية يرد من الناحية المادية على الشيء الشائع في مجموعة، فالحصة التي يملكها الشريك في الشيوع تكون شائعة في كل المال المشاع، لا ترتكز في جانب منه بالذات ؛ أما من الناحية المعنوية فحق الشريك محدد بمقدار حصته المشاعة في الملك المشاع.[2]

فإذا لم تحدد حصة كل شريك في المال الشائع، **تعتبر عندئذ الحصص متساوية في الملك على الشيوع**، وفقا لقرينة تساوي الحصص في الملكية الشائعة، ما لم يقم دليل على غير ذلك (م 713 من ق.م).[3] كما أنه **لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع**، ما لم يكن مجبرا على البقاء في الشيوع بمقتضى نص أو إتفاق (م 722 وما بعدها من ق.م).[4]

---

[1] - راجع الحطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، ج6، ص 148 ؛ **مصطفى الزرقا**، المدخل الفقهي العام، ج1، ص 262 ؛ **علي الخفيف**، الملكية في الشريعة الإسلامية، ص 161 وما بعدها ؛ د. **محمد شلبي**، المدخل للفقه الإسلامي، ص 356 وما يليها.

[2] - **المحكمة العليا**، غ.م، 1994/02/07، ملف رقم 113840، م.ق، 1994، عدد2، ص 158 ؛ 1990/01/13، ملف رقم 62092، م.ق، 1991، العدد1، ص 139 ؛ 1990/10/29، ملف رقم 63765، م.ق، 1992، العدد4، ص 28 ؛ 1987/04/08، ملف رقم 39496، م.ق، 1991، العدد3، ص 9.

[3] - **المحكمة العليا**، غ.م، 1994/05/04، ملف رقم 110039، م.ق، 1994، عدد2، ص 41.

[4] - راجع د. **بيار إميل طوبيا**، الملكية الشائعة، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، 2012، ص 7 وما بعدها ؛ د. **فايز اللمساوي ود. أشرف اللمساوي**، الملكية الشائعة، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2009، ص 10 وما يليها.

وعلى أساس هذا التكييف القانوني، **يحق للشريك المشاع أن يمارس على الشيء المملوك على الشيوع سلطات المالك**، بشرط ألا يترتب على ذلك المساس بحقوق الشركاء الآخرين أو الإضرار بهم (م 714 من ق.م).[1]

إن الملكية الشائعة تخول للمالك على الشيوع جميع مكنات الملكية، فهو يملك حصته المشاعة ملكا تاما، وله أن يستعملها ويستغلها وينتفع بها ويتصرف فيها، بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء الآخرين. ومن ثم، فهي تخول للشريك في الشيوع حق ملكية، لأن كل شريك في الشيوع يملك حصته المشاعة ملكا تاما؛ فالملكية الشائعة هي مرحلة وسط بين الملكية المفرزة والملكية الجماعية.[2]

والفرق بين الملكية الشائعة والملكية المشتركة (الجماعية): أن الشيء المملوك على الشيوع لا يملكه الشركاء مجتمعين، بل يملك كل شريك حصته المشاعة في كل المال، لا ترتكز في جانب منه بالذات؛ فله التصرف في حصته المشاعة في المال الشائع، وكذا الإنتفاع بها، بما لا يضر بالشركاء الأخرين (م 714 من ق.م). **فالشيوع يقوم أصلا في حالة تعدد الملاك للشيء الواحد، دون أن يكون لأي منهم نصيب مفرز متميز**؛ فيكون كل جزء أو ذرة من المال المشترك الشائع غير مخصوص بأحد من أصحاب الحصص المشاعة، بل تتعلق به ملكيات جميعهم (م 713 من ق.م).[3]

أما في الأموال المشتركة في قانون الشركات، تكون الأموال مملوكة لمجموع الشركاء، بطريق العقد التأسيسي للشركة، وتكون الأرباح والخسائر كل بقدر قيمة حصته التي قدمها في رأس مال الشركة.[4]

---

[1] - إن سلطة الإستعمال في الملكية الشائعة مقيدة بحقوق الشركاء الآخرين عملا بأحكام المادة 1448 من ق.م الأردني، بأن يستعمل كل شريك على الشيوع المال الشائع بالطريقة التي لا تضر بالشركاء الآخرين، وأن لا يتجاوز حدود حقه؛ إذ لا يجوز لأحد الشركاء أن يستأثر باستعمال المال الشائع وحده.
أنظر تمييز مدني أردني، 1997/07/13، ملف رقم 97/1079، م.ن.م، 1997، العدد1، ص 192؛ 1995/10/12، رقم 95/1451، المرجع نفسه، 1997، ص 646؛ 1987/04/01، رقم 87/199، 1990، ص62؛ 1986/01/08، رقم 85/832، 1988، ص 237.

[2] - د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج8، ص 851؛ د. إسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، ج1، فقرة 64، ص 137؛ د. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، فقرة 105، ص 154.

[3] - مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج6، ص 78 و79.

[4] - راجع د. بلحاج العربي، معالم نظرية الشركة لدى فقهاء الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، الرياض، السعودية، 1998، العدد39.

كما أن الفرق بين الملكية الشائعة والملكية العادية يكمن أساسا فيما يلي :

أ- في الملكية الشائعة يتقرر حق الملكية لأكثر من شخص واحد، أي لعدد من الشركاء على الشيوع، فيملك الشركاء في الشيوع حصة في كل المال، دون أن يختص كل منهم بجزء مفرز فيه (م 713 من ق.م) ؛ خلافا للملكية المفرزة المتميزة التي تثبت لمالك واحد (م 674 من ق.م). ولهذا كانت الملكية الشائعة وضعا إستثنائيا، مآله غالبا إلى الملكية المتميزة، إما بالقسمة بين الشركاء، أو بأي سبب آخر، فتوزع عليهم ويستقل كل شريك بحصته ملكية مفرزة ؛ فيزول الشيوع من الملك (م 722 من ق.م).[1]

ب- لا يجوز للمالك على الشيوع أن ينتفع بالعين المشتركة إلا بقيود خاصة وفي حدود حصته المشاعة، بما لا يضر بالشركاء الآخرين (م 714 من ق.م)، فكل شريك على الشيوع يملك في العين المشتركة حصة شائعة يرمز لها بنسبة حسابية، بقدر نصيب كل واحد منهم، وتكون إدارة المال الشائع من جميع الشركاء مجتمعين ؛[2] خلافا للملكية العادية المفرزة التي يجيز للمالك أن يستأثر بجميع منافع ومزايا العين كلها كما رأينا (م 764 و674 و675 من ق.م).

ج- كما أنه في الملكية الشائعة يكون محل الحق محددا تحديدا معنويا، حيث يكون فيها الحق العيني مملوكا لأكثر من شخص، دون تحديد نصيب كل منهم ماديا في الشيء ؛ وهذا خلافا للملكية الفردية المفرزة المتميزة، حيث يكون الحق العيني المملوك الذي ترتكز عليه محددا ماديا (م 703 من ق.م).

4- أحكام الانتفاع بالمال الشائع :

نصت المادة 1/714 من ق.م، على أنه : **"كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكية تامة، وله أن يتصرف فيها، وأن يستولي على ثمارها، وأن يستغلها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء."**

---

[1] - د. وهبة الزحيلي، الوجيز في الفقه الإسلامي، ص 327 ؛ د. محمد شلبي، المدخل للفقه الإسلامي، ص 356 و357.

[2] - المادة 138 و139 من مجلة الأحكام العدلية.

فيكون لكل شريك زراعة حصته المشاعة وسقيها والإنتفاع بها، إذا كان المال المشاع أرضا زراعية، أو يسكن في الدار المشاعة بقدر حصته، وكذا حق المرور في حصص الشركاء الآخرين، دون أن يطلب موافقتهم، وهذا بشرط عدم الإضرار بمصالح الآخرين وحقوقهم.

والأصل في القانون المدني الجزائري وفقا لمقتضيات المادة 714 من ق.م هو : أن يتم الاتفاق بين الشركاء في الشيوع مجموعين على تنظيم كيفية الانتفاع بالمال الشائع بصفة ودية، دون أن يقتسموه، وهذا هو الأحسن والأفضل ؛ غير أنه إذا تعذر هذا الاتفاق فيما بين الشركاء نظم المشرع الجزائري كيفية الانتفاع بين الشركاء في الأملاك المشاعة على أساس ما يسمى بـ "قسمة المهايأة" في المواد من 733 إلى 736 من ق.م.

وسنعرض هنا : التعريف بالمهايأة (1)، وأنواعها (2)، ثم نوضح خضوع قسمة المهايأة في القانون المدني الجزائري لأحكام عقد الإيجار إلا ما يتعارض منها مع طبيعة القسمة (3).

أولا : تعريف المهايأة

إن قسمة المهايأة (Le partage provisionnel)، وفقا لنص المادة 733 من ق.م هي قسمة ودية مؤقتة لمنافع المال المملوك على الشيوع، دون الأعيان التي تبقى في الشيوع. ومن ثم، فهي لا تنهي حالة الشيوع، إلا إذا تحولت إلى قسمة نهائية : كما أنها تقع على تنظيم الإنتفاع بالمال الشائع في أثناء الشيوع، وليس على المال ذاته.[1] فلا يترتب عليها إنتهاء الشيوع، لأنها تقتصر على تنظيم كيفية الإنتفاع بالأموال المشاعة، تخلصا من الصعوبات التي تعترضها : فيحصل كل شريك على نسبة من منافعها تتناسب مع حصته المشاعة فيها (م 733 من ق.م).[2]

فلا تعدو المهايأة إلا أن تكون مقايضة الإنتفاع بالإنتفاع، وللشركاء في الشيوع أن يتفقوا أثناء إجراءات القسمة النهائية على أن يقسم المال المشاع مهايأة بينهم، وتظل هذه القسمة المؤقتة نافذة حتى تتم القسمة

---

[1] - فالمهايأة هي قسمة مؤقتة للمنافع فقط، وهي قد تكون زمانية أو مكانية ؛ كما انها قد تكون إتفاقية بإتفاق الشركاء، أو قضائية بحكم قضائي.

[2] - ويقصد منها تنظم الانتفاع المؤقت بهذا المال المملوك بين الشركاء على الشيوع، بناء على طلب أحد الشركاء في أي وقت يشاء، ولمدة معينة بالاتفاق أو بحكم قضائي.

النهائية الملزمة للأطراف بالتراضي أو عن طريق القضاء (م 1/736 من ق.م) ، فإذا تعذر إتفاق الشركاء على قسمة المهايأة، جاز للقاضي بناء على طلب أحد الشركاء أن يأمر بها، وله الإستعانة بأهل الخبرة إذا اقتضى الأمر ذلك (م 2/736 من ق.م).[1]

ثانيا : أنواع المهايأة

نظم المشرع الجزائري أحكام قسمة المهايأة في المواد من 733 إلى 736 من ق.م، وهي جائزة بالإتفاق، وتحصل بالتراضي عندما يتفق الشركاء عليها للإنتفاع بالمال الشائع عن طريق التعاقب أو التناوب.

وقسمة المهايأة في القانون المدني الجزائري نوعان : مكانية أو زمانية ، ونعرض لذلك بصورة موجزة فيما يلي :

أ- المهايأة المكانية :

وهي التي فيها يختص كل من الشركاء على الشيوع بمنفعة جزء مفرز من المال الشائع يوازي حصته في المال المشاع، متنازلا لشركائه الآخرين في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الأجزاء المشاعة لمدة معينة، سواء كان ذلك إتفاقا بين الشركاء في الشيوع أو بحكم قضائي ؛ وبذلك لا يمكن أن ترد هذه المهايأة إلا على الأموال القابلة للقسمة (م 1/733 من ق.م).

كأن يقوم الشريك الذي يملك نصف المال الشائع باستغلال النصف الشمالي من الأرض الزراعية المشاعة، ويقوم الشريك الثاني الذي يملك النصف الآخر باستغلالها في نصفها الجنوبي.

ولا يجوز في القانون المدني الجزائري أن تزيد مدة الإتفاق في قسمة الإنتفاع بالمهايأة المكانية على خمس سنوات، طبقا لأحكام للمادة 722 و2/732 و2/733 من ق.م ؛[2] فإذا زادت المدة عن ذلك انقضت إلى هذا الحد[1].

---

[1]- يوسف دلاندة، الوجيز في الملكية العقارية الخاصة الشائعة، المرجع المذكور، ص 110 وما بعدها.

[2]- **من المقرر قانونا أنه لا يمكن الإتفاق على البقاء في الشيوع لمدة تفوق خمس سنوات وفقا لمقتضيات المادة 722 من ق.م.** ويعد باطلا بطلانا مطلقا، الإتفاق بخصوص تركة شخص على قيد الحياة، طبقا للمادة 92 من ق.م".

فإذا لم تشترط لها مدة في الإتفاق بين الشركاء، وانتهت المدة المتفق عليها، ولم يحصل إتفاق جديد، كانت مدتها سنة واحدة فقط وفقا للمادة 2/733 من ق.م، تتجدد سنة فسنة، إذا لم يعلن أحد الشركاء الآخرين رغبته في عدم التجديد قبل إنتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر أنه لا يرغب في التجديد.

وأما إذا دامت القسمة المهايأة خمس عشرة سنة، فإنها تتحول إلى قسمة نهائية (Le partage définitif)، **بالشغل والإستغلال للمال المشاع، ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك** (م 3/733 من ق.م)؛[2] فإذا حاز الشريك على الشيوع جزءا مفرزا من المال المشاع مدة خمس عشرة سنة دون أي احتجاج من قبل الشركاء الآخرين، افترض أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة مهايأة نهائية (م 4/733 من ق.م)،[3] ولا تبطل قسمة المهايأة بموت أحد أصحاب الحصص، أو بموتهم جميعا، بل يحل ورثة من مات من الشركاء محله في الحصة.[4]

وهو ما سار عليه إجتهاد المحكمة العليا في قراراتها المشهورة من أنه: "من المقرر قانونا أنه **إذا دامت القسمة المهايأة للمال الشائع خمس عشرة سنة إنقلبت إلى قسمة نهائية، ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك**. ومن ثم، فإن

أنظر المحكمة العليا، غ.ع، 2009/10/15، ملف رقم 547042، إ.ق.غ.ع، عدد خاص، 2010، ج3، ص 305 ؛ تعليق د. لحلو غنيمة، القوة الإلزامية للعقد، إستبعاد القسمة بالإتفاق، المرجع نفسه، ص 309 وما بعدها.

Voir Lahlou-Khiar Ghenima, La force obligatoire du contrat, Exclusion du partage par convention, Dénaturation du contrat par les juges du fond ; Rev. Cour suprême, 2010, N° Spécial, t.3, P 316.

[1]- نقض مدني مصري، 2000/11/21، المحاماة، 2002، العدد2، ص 55.

[2]- رغم تعديلات القانون المدني الجزائري المتكررة، بما فيها تعديلات عام 2005 المهمة ؛ فإن عبارة" خمسة عشرة سنة" الوارد في المواد 2/102، و133، و142، و149، و308، و2/309، و2/313، و3/733، و827 وغيرها بها خطأ لغوي نحوي منذ النسخة الأصلية الصادرة عام 1975، بالأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 ؛ مما يستوجب تصحيحها لغويا ب " خمس عشرة سنة" عند إعادة النظر في نصوص القانون المدني. راجع د. بلحاج العربي، ملاحظات قانونية نقدية بشأن نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، بحث مقدم لندوة "معالم المسؤولية العقدية"، كلية الحقوق، جامعة وهران، ماي 1993.

[3]- المحكمة العليا، غ.م، 1998/09/30، ملف رقم 181703، م.ق، 1998، العدد2، ص 37؛ 1990/05/09، ملف رقم 59514، م.ق، 1991، العدد2، ص 35.

[4]- المادة 1191 من مجلة الأحكام العدلية، و1059 مدني أردني، و1181 مدني إماراتي.

القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لمقتضيات المادة 733 من ق.م ؛ ولما ثبت في قضية الحال، أن القسمة قد تمت بصفة ودية بين أطراف النزاع، منذ أكثر من خمس عشرة سنة ؛ فإن مصادقة قضاة الموضوع على تقرير الخبير الذي أعاد القسمة بين المتخاصمين من جديد يعد خطأ في تطبيق القانون. ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه."[1]

وعلى هذا، **فللشركاء حرية الإتفاق على مدة المهايأة، فإذا لم يتفقوا فللمحكمة المختصة أن تعين المدة التي ترتاها مناسبة**، وفقا لسلطتها التقديرية، حسب طبيعة النزاع والمال المشترك المشاع ؛[2] ولها أن تجري القرعة لتعيين من يبدأ في الإنتفاع في المهايأة الزمانية، أو لتعيين الجزء الذي يختص به كل شريك في المهايأة المكانية، عندما يتعذر الإتفاق بين الشركاء (م 724 و733 من ق.م).

وتكون القسمة الودية الصحيحة عن طريق المهايأة المكانية جائزة وملزمة لأطرافها، بمجرد إتفاقهم نهائيا عليها جميعا ؛ فإذا انصبت المهايأة على عقار مملوك على الشيوع، وانقلبت إلى قسمة نهائية وفقا لأحكام المادتين 722 و3/733 من ق.م، بمرور فترة قدرها خمس عشرة سنة من يوم وقوعها، يستوجب إفراغها في الشكل الرسمي الذي يتطلبه القانون، وتستدعي عندئذ تسجيلها واتباع إجراءات الشهر العقاري (م 324 مكررا1 المضافة بالقانون رقم 14/88، و793 من ق.م ، وكذا المادة 12 من الأمر رقم 91/70).[3]

---

[1] - **المحكمة العليا**، غ.م، 1990/05/09، ملف رقم 59514، م.ق، 1991، العدد2، ص 35 ؛ 1984/01/09، ملف رقم 32128، م.ق، 1990، العدد2، ص 28 ؛ 1990/05/09، ملف رقم 59514، غير منشور ؛ 1998/09/30، ملف رقم 181703، م.ق، 1998، العدد2، ص 37 .

[2] -:"من المقرر قانونا أنه في حالة عدم إتفاق الشركاء في القسمة المهايأة للملك الشائع على مدة معينة، يجوز لكل واحد منهم أن يرفع دعوى يطلب فيها القسمة القضائية في أي وقت يشاء. ولما ثبت في قضية الحال، أن قضاة الإستئناف لما قضوا برفض طلب القسمة المقدم من طرف المدعي، رغم عدم إتفاق الطرفين على مدة معينة لقسمة المهايأة عرضوا قرارهم للنقض لإنعدام الأساس القانوني."
أنظر **المحكمة العليا**، غ.ع، 1997/05/28، ملف رقم 148362، م.ق، 1997، عدد1، ص 173.

[3] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2002/04/24، ملف رقم 229161، إ.ق.غ.ع، عدد خاص، ج1، 2004، ص 269 ؛ 2002/06/18، ملف رقم 231832، المرجع نفسه، ص 265.
غير أن القسمة الودية للعقار المشاع التي لم تفرغ في الشكل الرسمي، ولم تمر عليها فترة 15 سنة من يوم وقوعها، تكون قسمة غير نهائية، ويجوز التراجع عنها والمطالبة بقسمة قضائية نهائية ؛ 2000/05/17،

ومن ثم، إذا عرض النزاع على القضاء، وأقر أن قسمة المهايأة نهائية بمضي 15 سنة من يوم إبتداء المهايأة المكانية، لا من يوم رفع الدعوى ولا من يوم صدور الحكم، وحكم قضاة الموضوع بالمصادقة على تقرير خبرة بقسمة نهائية للعقارات المتنازع عليها بعقد رسمي ؛ فإن الحكم القضائي الصادر يكون محل إشهار وفقا لمقتضيات المادة 793 من ق.م.

وعلى هذا، حكمت الغرفة العقارية للمحكمة العليا في قرار مشهور حديث مؤرخ في 2000/05/31، ملف رقم 198689، بأن : القسمة الودية للمال المشاع التي لم تراع الإجراءات المنصوص عليها قانونا لنقل ملكية العقار وشهرها تعتبر قسمة مهايأة تخص الإنتفاع فقط، مع بقاء ملكية العقار في حالة الشيوع.[1]

وهو إجتهاد قضائي مبدئي سليم للمحكمة العليا، مغاير لقراراتها السابقة، يساير في الحقيقة الأحكام القانونية المنصوص عليها في المواد 324 مكررا1 المضافة بالقانون رقم 14/88، و732 و733 و793 من ق.م، و12 من الأمر رقم 91/70، و16 من الأمر رقم 74/75، التي تستوجب الشكل الرسمي لنقل ملكية العقار، واتباع إجراءات الشهر العقاري لدى المحافظة العقارية وفقا لأحكام القانون حتى يحتج بالملكية على الغير.[2]

ب- المهايأة الزمانية :

وذلك بأن يتفق الشركاء على أن يتناوبوا الانتفاع بجميع المال المشترك المملوك على الشيوع بالتعاقب، وفقا للمادة 734 من ق.م، كل منهم لمدة زمنية تتناسب مع حصته في المال الشائع.

فيكون للشريك الذي له نوبة الإنتفاع زمانيا مركز المستأجر، والشركاء الآخرين مركز المؤجر، ويستوجب تعيين المدة التي يتهايأ عليها

ملف رقم 224884، مق، 2001، العدد2، ص 129 ؛ 2007/07/11، ملف رقم 410107، مم.ع، 2007، العدد2 ؛ 1978/12/16، ملف رقم 43462، مق، 1992، العدد3، ص 14.

[1] - المحكمة العليا، غ.ع، 2000/05/31، ملف رقم 198689، إق.غ.ع، عدد خاص، ج1، 2004، ص 283.

[2] - أ. يوسف دلاندة، الوجيز في الملكية العقارية الخاصة الشائعة، المرجع المذكور، ص 113 ؛ أ. احمد خالدي، القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، دار هومه، 2008، ص 302 ؛ د. ويس فتحي، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، الدار نفسها، ط2، 2015، ص 475 وما يليها.

الشركاء زمانيا ؛ فتنتهي المهايأة الزمانية بإنتهاء مدتها المتفق عليها بين الشركاء، وهي لا تبطل المهايأة الزمانية بموت أحدهم.[1]

كأن يقوم مثلا الشريك الذي يملك ثلث المال الشائع باستغلال الأرض الزراعية المشاعة لمدة سنة، ويقوم الشريك الآخر الذي يملك الثلثين باستغلالها لمدة سنتين، ويتم ذلك بالتناوب فيما بينهما.

وكأن يتعاقب الورثة في المال الشائع مدة مساوية لنصيبه في الميراث، فإذا كانت العين المشاعة دارا مثلا، جاز للأخ سكناها لمدة سنتين، مقابل سكناها من قبل أخته لمدة سنة وهكذا.

ونلاحظ بأن النص العربي للمادة 734 من ق.م، ورغم التعديلات التشريعية المهمة لعام 2005 التي مست القانون المدني الجزائري، ما زال يحتوي على الخطأ اللغوي الوارد منذ صدور هذا القانون سنة 1975، بقول المشرع "يتناولوا"، بدلا من الفعل الصحيح وهو "يتناوبوا"، أي بطريق التناوب والتبادل ؛ وهو المعنى القانوني المقصود في قسمة المهايأة الزمانية من خلال التناوب في الإنتفاع بالمال الشائع كما يشاء الشركاء.

وجدير بالذكر ههنا، أنه في المهايأة الزمانية لم يحدد القانون المدني الجزائري زمنا معينا لا يجوز تجاوزه (م 734 ق.م)، وهذا على خلاف ما اتجه إليه المشرع في المهايأة المكانية (م 733 ق.م)، والسبب في ذلك يرجع إلى أن المهايأة الزمانية تبقي المال الشائع على حالته دون إفراز، فهي تقسم زمن الإنتفاع فقط بين الشركاء ولا تهئ للقسمة النهائية ؛ ومن ثم لا تتحول إلى قسمة نهائية مهما طالت مدتها. في حين أن المهايأة المكانية كما أشرنا تؤدي إلى تقسيم المال الشائع بين الشركاء أجزاء مفرزة، فهي كالقسمة النهائية، إلا أنها قسمة منافع لا قسمة ملك.[2]

كما يلاحظ بهذا الخصوص، أنه إذا كان إستغلال المال الشائع، كتأجيره مثلا، ممكن في المهايأة المكانية، لأنها معاوضة إنتفاع بإنتفاع ؛ فإن المهايأة الزمانية لا تسمح بذلك، لأنها في معنى الإعارة، والعارية لا تؤجر.[3]

---

[1] - المادة 1191 من مجلة الأحكام العدلية.

[2] - د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج8، ص 820.

[3] - د. وهبة الزحيلي، الوجيز في الفقه الإسلامي، ص 329.

وأخيرا يجب التنويه إلى أنه **إذا طلب أحد الشركاء أمام القضاء القسمة النهائية للمال المشاع القابل للقسمة**، وطلب الآخر بالمهايأة، تقبل دعوى القسمة النهائية، ولا يجوز للقضاء رفض طلبه، لأنه لا يجبر الشريك الرافض للشيوع بالبقاء فيه (م 722 من ق.م) ؛[1] **وأما إذا طلب أحد الشريكين المهايأة في العين المشتركة المشاعة التي لا تقبل القسمة**، وامتنع الآخر، فإنه يجبر قضاء على قسمة المهايأة زمانية أو مكانية، تحقيقا للعدل بين الشركاء، حسب ما تفرضه طبيعة المال المشاع ؛ وتظل قسمة المهايأة نافذة حتى تتم القسمة النهائية للمال الشائع (م 736 من ق.م).[2]

ثالثا : خضوع قسمة المهايأة لأحكام عقد الإيجار

نصت المادة 735 من ق.م، على أنه : "تخضع قسمة المهايأة من حيث جواز الإحتجاج بها على الغير، ومن حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم وإلتزاماتهم، وطرق الإثبات، لأحكام عقد الإيجار، ما دامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة."

وعلى ذلك، **تخضع قسمة المهايأة للقواعد العامة التي تحكم عقد الإيجار** (وهي الأحكام الواردة في المواد 467 إلى 507 مكررا1 من ق.م)، من حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم وإلتزاماتهم، وطرق الإثبات، وجواز الإحتجاج بها على الغير ؛ **إذ يعتبر كل شريك في الشيوع مؤجر للشريك الآخر ومستأجر منه في نفس الوقت**، أي أنها مجموعة عقود إجارة متبادلة بين الشركاء في الشيوع، يكون موضوعها ما خرج بنصيب كل شريك مقابل تنازل هذا الشريك عن حقه في استثمار الأقسام المتبقية من المال المشاع، والخارجة بنصاب الشركاء الآخرين ؛ بحيث يلتزم كافة الشركاء بالترميمات اللازمة الخاصة، والصيانة الضرورية، واستعمال المال الشائع وفقا لما أعد له والإعتناء به مثل ما يبذله الرجل العادي،

---

[1]- **المحكمة العليا**، غ.م، 1997/05/28، ملف رقم 148362، مذكور سابقا، م.ق، 1997، العدد1، ص 172.

[2] - **أ.أحمد خالدي**، القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2008، ص 284 وما بعدها.

والمحافظة عليه ورده عند إنتهاء مدة المهايأة. ومن ثم، فهو مسؤول عما يلحق العين المشاعة أثناء إنتفاعه بها، من فساد أو هلاك بخطئه أو بتقصيره (م 494 إلى 497 المعدلة بالقانون رقم 05/07).

وهذا ما دامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة قسمة المهايأة، التي تهدف إلى تنظيم الإنتفاع بالمال المشاع بين الشركاء،[1] إذ لا يجبر أحد على البقاء في الشيوع كقاعدة عامة في القانون المدني الجزائري، ما لم يكن مجبرا على البقاء في الشيوع بمقتضى نص أو إتفاق (م 722 من ق.م).

فالمهايأة من حيث طبيعتها القانونية هي مبادلة منفعة بمنفعة، أو مقايضة إنتفاع بإنتفاع، فيكون كل شريك بمركز المستأجر بالنسبة للجزء الذي ينتفع به، وبمركز المؤجر بالنسبة للأجزاء الأخرى ؛ أي أن بدل الإيجار يكون منفعة، وهو أمر جائز وفقا لأحكام الإيجار[2].

وطالما أن قسمة المهايأة تخضع لأحكام عقد الإيجار وفقا لأحكام المادة 735 من ق.م، فإنها لا تسري في حق الشريك إلا إذا كانت ثابتة التاريخ، كما أنها لا تجرى في المثليات لأنها تنفذ بالإستعمال ؛ وليس من الضروري أن تكون الأجرة نقدا ؛ بل يجوز أن تكون مقابلا عينيا أيضا، إذ لا مجال لتطبيق أحكام الإلتزام بالوفاء بالأجرة لكونها تتعارض مع الطبيعة القانونية لهذه القسمة. كما أنه لا يجوز لمن لا يملك إلا حق الإدارة أن يعقد قسمة مهايأة تزيد مدتها على ثلاث سنوات إلا بترخيص من المحكمة، طبقا لأحكام المادة 468 من ق.م[3].

5- إدارة المال الشائع :

قد تطول المدة الزمنية التي يبقى فيها الشركاء في الشيوع، لسبب أو لآخر، مما يدفع الشركاء إلى أن يديروا المال الشائع ؛ لأن في تجميد

---

[1]- تمييز مدني لبناني، 1968/08/22، مجموعة حاتم، ج85، ص 64 ؛ حيث اعتبرت محكمة التمييز اللبنانية المهايأة، بنوعيها المكانية والزمانية، من حيث الطبيعة القانونية إيجارا، بالقدر الذي لا يتعارض مع المهايأة.

[2]- د. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، ط2، 1982، ص 249.

[3]- أ. أحمد خالدي، القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، ص 305.

استغلاله إضرار بمصالحهم جميعا. وفي هذا نصت المادة 715 من ق.م على أنه : **"تكون إدارة المال الشائع من حق جميع الشركاء مجتمعين، ما لم يوجد إتفاق يخالف ذلك** (A défaut d'accord contraire, l'administration de la chose commune appartient à tous les co-divisaires en commun)".

ومعنى هذه المادة، أنه لا يمكن للشريك في المال الشائع التصرف فيه في غياب إتفاق الشركاء الآخرين، فلا يجوز لأحد الشركاء أن يستقل بإدارة المال المشاع ؛ بل لابد من تحقق نسبة معينة لاعتبار العمل نافذا بحق كافة الشركاء، وتختلف هذه النسبة بحسب ما إذا العمل من أعمال الإدارة المعتادة أم من أعمال الإدارة غير المعتادة (م 715 إلى 720 من ق.م)[1].

فإذا تولى أحد الشركاء إدارة المال الشائع، دون إعتراض باقي الشركاء عد وكيلا عن الباقين، طبقا لأحكام المادة 716 من ق.م، وهي وكالة عامة بالإدارة، بموجب وكالة ضمنية من الشركاء الآخرين[2]؛ كبيع المحصول الناتج عن الأرض المشاعة، وقبض الثمن بوصفه تصرفا تقتضيه الإدارة ؛ فتسري التصرفات التي يبرمها على جميع الشركاء الآخرين، ويتقيدون بما يقوم به من أعمال.

وعلى هذا، **فإن إدارة المال الشائع تكون من حق جميع الشركاء مجتمعين بالأغلبية** (م 716 و717 من ق.م) ؛ فإذا انفرد أحد الشركاء بالقيام بعمل من أعمال الإدارة، كان لباقي الشركاء حق الاعتراض على ذلك ؛ فإذا اعترض الشركاء على إدارة الشريك، اعتبر ذلك عزلا له عن وكالته، بشرط أن يصدر الإعتراض عن أغلبية الشركاء كما حددها القانون.[3] وللمحكمة بناء على طلب من أحد الشركاء، أن تتخذ التدابير اللازمة، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع (م 716 من ق.م).

---

[1]- **المحكمة العليا**، غ.ع، 2000/06/28، ملف رقم 196140، إق.غ.ع، عدد خاص، 2004، ج2، ص 186.

[2]- "من المقرر قانونا وفقا لنص المادة 716 من ق.م، أن الشريك الذي يدير المال المشاع، دون اعتراض من باقي الشركاء، يعد وكيلا عنهم".
أنظر **المحكمة العليا**، غ.ع، 2000/06/28، ملف رقم 196140، المشار إليه ؛ 1985/12/07، ملف رقم 38418، م.ق، 1990، العدد2، ص 120.

[3]- **نقض مدني مصري**، 1969/11/18، م.أ.ن، س 20، ص 1206.

فإذا كان إجتماع الشركاء متعذرا، فقد وضع القانون المدني الجزائري من القواعد والأحكام النظامية ما يكفل إدارة المال الشائع[1] وتفرق نصوص القانون المدني الجزائري في هذا الصدد بين ثلاثة أنواع من الأعمال :

1- أعمال الحفظ الضرورية :

نصت المادة 718 من ق.م، على أنه : "لكل شريك في الشيوع الحق في أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء، ولو كان ذلك بغير موافقة باقي الشركاء".

ومعنى هذا، أن أعمال الحفظ الضرورية هي ما يقتضيه الإستعجال لحفظ الملكية العقارية الشائعة (Les mesures nécessaries pour la concervation de la chose commune)، التي يجوز لكل شريك على الشيوع أن يتخذ بشأنها الإجراء المناسب والتدابير اللازمة والوسائل الواجبة، لحفظ وصيانة وحراسة الشيء المشاع، ولو بغير موافقة باقي الشركاء، لأنها ضرورية لحفظ المال المملوك على الشيوع.

فالقاعدة العامة هنا، **أنه لكل شريك على الشيوع الحق في أن يتخذ أي إجراء يراه ضروريا لحفظ الشيء المشاع، ولو كان بغير موافقة باقي الشركاء الآخرين** ؛ لأن هذه الأعمال ضرورية تتطلب غالبا السرعة في الإنجاز، وفيها مصلح عامة لجميع الشركاء في الشيوع.[2]

وهو ما استقر عليه إجتهاد المحكمة العليا في قراراتها المشهورة من أنه : "**يحق لكل شريك في الشيوع أن يتخذ من الوسائل والإجراءات ما يلزم لحفظ الشيء المشاع، ولو كان ذلك دون موافقة باقي الشركاء** وفقا للمادة 718 من ق.م.ج ؛ ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون. ومن ثم، فإن قضاة الموضوع في قضية الحال، لما رفضوا طلب الشريك في الشيوع

---

[1]- والحقيقة أنه لتسهيل إدارة الملكية الشائعة، لم يشترط المشرع الجزائري إجماع الشركاء في الشيوع على الإدارة ؛ مكتفيا في المادتين 716 و717 من ق.م بتحقق نسبة معينة لإعتبار العمل نافذا بحق الشركاء، وتختلف هذه النسبة بحسب نوع أعمال الإدارة المتخذة.

2-أ. **يوسف دلاندة**، الوجيز في الملكية العقارية الخاصة الشائعة، المرجع المذكور، ص 74 وما بعدها.

بمراجعة الإيجار للحفاظ على المال المشاع، يكونوا بقضائهم كما فعلوا أساءوا تطبيق القانون، وعرضوا بذلك قرارهم للنقض"[1].

ومن أعمال الحفظ الضرورية مثلا : دفع أحد الشركاء الضرائب المترتبة على المال الشائع، أو دفع فاتورة الكهرباء والغاز أو المياه، أو ترميم العقار المشاع بالترميمات الضرورية الإستعجالية اللازمة[2]، أو الطرد من الملك المشاع لانتهاء العلاقة الإيجارية مع الغير[3]، ورفع دعوى إسترداد الحيازة أو دعوى الإستحقاق على الغاصب[4].

أما أعمال التصرف في المال الشائع، وكذا أعمال التحسين التي تحدث تغييرات في الغرض الذي أعد له، فلا تعد من قبيل أعمال الحفظ، بل هي من قبيل أعمال الإدارة غير المعتادة التي تتطلب ثلاثة أرباع الشركاء في الشيوع ؛ فلا يجوز للشريك ولو كان يملك أكثرية الأنصبة أن يقوم بهذه الأعمال قبل إبلاغ بقية الشركاء الآخرين بما قرر إجراءه من تصرفات أو تحسينات أو تغييرات[5].

---

[1] - راجع **المحكمة العليا**، غ.ع، 2008/02/13، ملف رقم 425758، م.م.ع، 2008، العدد1، ص 235 ؛ غ.م، 2001/03/20، ملف رقم 239788، منشور في القانون المدني نصا وتطبيقا، ص 283 ؛ 1997/06/24، ملف رقم 153436، م.ق، 1997، العدد2، ص 128؛ 1997/11/19، ملف رقم 150167، م.ق، 1997، عدد2، ص 59 ؛ 1994/11/22، ملف رقم 116228، م.ق، 1994، العدد3، ص 142 ؛ 1992/01/21، ملف رقم 75576، م.ق، 1994، العدد1، ص 16 ؛ 1988/03/23، ملف رقم 44808، م.ق، 1990، العدد3.

[2] - **المحكمة العليا**، غ.م، 1997/06/24، ملف رقم 153436، المشار إليه.

[3] - "لا يشترط موافقة جميع الشركاء في الشيوع، لرفع دعوى الطرد من الملكية الشائعة (الأرض المشاعة المؤجرة) لإنتهاء العلاقة الإيجارية مع الغير أمام القضاء المستعجل، لدخول ذلك ضمن أعمال الحفظ، وفقا لنص المالدة 718 من ق.م." راجع **المحكمة العليا**، غ.ع، 2008/02/13، ملف رقم 425758، مذكور سابقا ؛ 1997/11/19، ملف رقم 150167، مذكور سابقا. أما عقد الإيجار في الملكية الشائعة، فهو من أعمال الإدارة التي تحتاج رأي أغلبية الشركاء على أساس قيمة الأنصبة وفقا للمادة 716 من ق.م. أنظر **المحكمة العليا**، غ.ع، 1985/12/07، ملف رقم 38418، مذكور سابقا.

[4] - **تمييز مدني أردني**، 1986/04/01، ملف رقم 86/32، م.ن.م، 1988، ص 1572.

[5] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2008/02/13، ملف رقم 425758، المشار إليه.

والحقيقة أنه باستقراء المواد من 715 إلى 720 من ق.م، وما استقرت عليه الإجتهادات القضائية للمحكمة العليا في قراراتها المشهورة، فإن إدارة الملكية العقارية الشائعة تكون إما إدارة معتادة وإما إدارة غير معتادة.

2- أعمال الإدارة المعتادة :

وهى أعمال إدارة الملك الشائع، بالإنتفاع بالعقار المشاع واستغلاله، دون السعي إلى تغيير أساسي أو تعديل في الغرض الذي أعد له المال المملوك على الشيوع (Actes ordinaries d'administration) ؛ كإيجار الأرض المشاعة مثلا،[1] وتسهيل استغلال المال المشاع، وكذا اتخاذ ما يلزم من أعمال لحفظ هذا المال الشائع وفقا للطريقة المتفق عليها من الشركاء مجتمعين.

وهى قرارات تتخذ بأغلبية الشركاء في الشيوع كل بقدر حصته، فتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصبة (La majorité est calculée sur la base de la valeur des quotes-parts) ؛ فما يستقر عليه رأي أصحاب أغلبية الحصص من الشركاء فيما يتعلق بأعمال الإدارة المعتادة يكون ملزما ويسري على باقي الملاك على الشيوع (م 715 و716 من ق.م) ؛ ويكون المتصرف أصيلا عن نفسه، ووكيلا عن الشركاء الباقين وكالة ضمنية، ونائبا عن المعترضين.

وفي هذا حكمت المحكمة العليا الجزائرية في قرار مشهور لها :" بأن **عقد الإيجار في الملكية الشائعة هو من أعمال الإدارة المعتادة، حيث يكون رأي الأغلبية البسيطة ملزما لجميع الشركاء**، فإذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون إعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم ؛ ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون.[2]

فلا يجوز للأقلية من الشركاء الإعتراض على قرار الأغلبية، إلا إذا تعسفت الأغلبية في استعمال حقها بالإدارة، بما يضر بمصالحهم ؛ فإذا كان هناك تعسف في استعمال الحق، كان للأقلية أن تطعن في القرار

---

[1]- المحكمة العليا، غ.م، 1985/12/07، ملف رقم 38418، م.ق، 1990، العدد2، ص 120 ؛ نقض مدني مصري، 1983/04/11، م.أ.ن، س34، ص 934 ؛ تمييز مدني لبناني، غ5، 2003/03/18، رقم 44، جميل باز، المجموعة، 43، ص 575.

[2]- المحكمة العليا، غ.م، 1985/12/07، ملف رقم 38418، مذكور سابقا.

الصادر من الأغلبية، وللمحكمة أن تعتمد القرار المتخذ أو لها أن تتخذ القرار المناسب ؛ ويجوز للأقلية أن تطالب بإجراء القسمة التي هي حق لكل شريك من الشركاء في الشيوع (م 722 من ق.م) . أما إذا كان المعترضون هم الشركاء الذين يملكون الأغلبية، فلا يسري هذا العمل تجاههم.[1]

والمقصود بالأغلبية هنا هو مايزيد على النصف، **فتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصبة في المال الشائع، لا على أساس عدد الشركاء** على الشيوع، أي نسبة 51 في المائة من الحصص أو الأسهم في المال الشائع ؛ **وتلزم الأقلية بقرارات الأغلبية**، كإتفاق الأغلبية مثلا على تعيين مدير لإدارة المال الشائع من بين الشركاء أو من غيرهم، أو أن تضع نظاما للإدارة ولحسن الإنتفاع بالمال المملوك على الشيوع.[2]

وحتى يدار المال الشائع إدارة حسنة، نصت المادة 2/716 من ق.م على أنه : "**إذا لم يتفق الشركاء جاز لهم أن يختاروا مديرا، وأن يضعوا لإدارة المال والإنتفاع به نظاما يسري على الشركاء جميعا وعلى خلفائهم**، سواء أكان الخلف عاما أو خاصا، أو أن يطلب أحدهم من المحكمة أن تتخذ ما يلزم لحفظ المال، وان تعين مديرا للمال الشائع".

3- أعمال الإدارة غير المعتادة :

وهي أعمال الإدارة التي تتضمن تغييرا أساسيا في المال الشائع في الغرض الذي أعد له (Des modifications essentielles ou des changements dans la destination de la chose commune)، مما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة، في سبيل تحسين الإنتفاع بهذا المال المملوك على الشيوع (م 717 و720 من ق.م) ؛ كتحويل عمارة سكنيه مملوكة على الشيوع إلى فندق وشقق مفروشة مثلا، وكتحويل مقهى إلى مطعم، أو محل تجاري إلى صالة أفراح أو محل لبيع السيارات، وكحفر بئر في أرض زراعية مشاعة، أو كتحويل الأرض المشاعة التي تزرع بالمحاصيل الفلاحية العادية إلى

---

[1]- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج8، ص 827.

[2]- وهي الأغلبية المنصوص عليها أيضا في ملكيات الطبقات والشقق، حيث تتخذ قرارات جمعية الملاك في العمارة المشتركة عن طرق الإقتراع، بالأغلبية البسيطة أو الأغلبية المحددة (م 764 من ق.م).

غرسها بالأشجار المثمرة، أو كبيع المال الشائع بالكامل وقسمة ثمنه على الشركاء كل بقدر حصته وهكذا.

فإنه للشركاء في الشيوع الذين يملكون أغلبية المال الشائع، **وهي الأغلبية الخاصة هنا، التي تتم بموافقة ثلاثة أرباع على الأقل من الملاك على الشيوع طبقا لنص المادة 720 من ق.م** (Les co-divisaires qui possèdent au moins les trois quarts de la chose commune)، أن يقرروا حق القيام بالتغييرات الأساسية في الغرض الذي أعد له المال المشاع، وهو ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة، إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قوية، بعد إبلاغ قراراتهم إلى بقية الشركاء في الشيوع بطريقة رسمية أو برسالة مضمونة مسجلة.

وفي هذا الشأن، قضت المحكمة العليا في إجتهاداته المشهورة، بأنه : "يحق للشركاء في الشيوع الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع، أن يقرروا التصرف في المال المشاع، إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قوية، مع إعلان هذا التصرف إلى باقي الشركاء كما يقتضيه القانون ؛ ولذا فإن القرار المطعون فيه أغفل وجوب إبلاغ التصرف محل الطعن في قضية الحال إلى بقية الشركاء، فجاء مشوبا بعيب خرق القانون، مما يستوجب معه النقض"[1].

فإنه لمن يخالف من الشركاء القرار المتخذ من الأغلبية التي تملك ثلاثة أرباع المال الشائع، حق التظلم من قرار الأغلبية بالرجوع إلى المحكمة المختصة، خلال مدة شهرين من تاريخ الإعلان، أي خلال شهرين من وقت تبليغ قرار الأغلبية إلى باقي الشركاء على الشيوع بإعذار رسمي (م 717 من ق.م) ؛ وهذه من الضمانات القانونية لحماية مصالح الأقلية المعترضة لتثبيت إعتراضهم.

وللمحكمة المختصة عند الرجوع إليها سلطة إلغاء قرار الأغلبية، ولها أيضا تصديق قرار الأغلبية ؛ فإذا وافقت على قرار تلك الأغلبية، لها أن تقرر مع هذا ما تراه مناسبا من التدابير اللازمة لإعطاء ضمانات للأقلية ؛

---

[1] - **المحكمة العليا**، غ.م، 1992/10/28، ملف رقم 92343، م.ق، 1994، العدد1، ص 38 ؛ 1990/01/13، ملف رقم 62092، م.ق، 1991، العدد1، ص 139.

فلها بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن له الوفاء بما قد يستحق من التعويضات (م 2/717 من ق.م).[1]

6- نفقات إدارة المال الشائع :

نصت المادة 719 من ق.م على أنه : "**يتحمل جميع الشركاء كل بقدر حصته، نفقات إدارة المال الشائع وحفظه، والضراءب المفروضة عليه، وسائر التكاليف الناتجة عن الشيوع أو المقررة على المال، كل ذلك ما لم يوجد يقضي بغير ذلك**".

ومقتضى هذا النص أن نفقات ومصاريف إدارة المال الشائع، وكذا تكاليف حفظه وصيانته وترميمه وحراسته، وسائر النفقات الناتجة عن حالة الشيوع، ودفع الضرائب والرسوم المفروضة عليه، يتحملها جميع الشركاء على الشيوع، كل بقدر حصته في المال الشائع. فلا يجوز للشريك على الشيوع أن يتخلى عن حصته في المال الشائع، حتى يتخلص من النفقات التي أنفقت لحفظ المال المشترك وصيانته.

وعلى ذلك، **فإذا قام أحد الشركاء بدفع هذه النفقات، فان له حق الرجوع على جميع الشركاء الآخرين، كل بقدر حصته في المال الشائع** ؛ فإذا امتنع أحدهم عن دفعها جاز إلزامه عن طريق القضاء لدفع نفقات وتكاليف المال الشائع، ولو بطريق التنفيذ الجبري.[2]

فإذا قام أحد الشركاء بصرف نفقات من أجل إتخاذ ما يلزم من إجراءات لحفظ المال المشاع وصيانته، سواء كانت تصرفات قانونية أو أعمال مادية ؛ يتحمل الشركاء هذه النفقات، كل منهم بما صرفه، كل بقدر حصته ؛ ويكون أساس الرجوع على باقي الشركاء بما أنفقه من مال، بصفته نائبا قانونيا عن باقي الشركاء نيابة مقررة بحكم القانون، إذا لم هناك إعتراض من الشركاء (م 718 و719 من ق.م). فإذا كان هناك

---

1 - المحكمة العليا، غ.م، 1988/03/23، ملف رقم 44808، مذكور سابقا، ص 17.

2 - د. بلحاج العربي، أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع المذكور، ص 120 و472 وما بعدها.

إعتراض يكون أساس الرجوع على باقي الشركاء في الشيوع وفقا لأحكام الإثراء بلا سبب (م 141 من ق.م).

وذلك لأن النيابة مناطها التصرفات القانونية، وهي لا تشمل الأعمال المادية (م 73 إلى 78 من ق.م)؛ ومن ثم إذا تمت أعمال حفظ المال المشاع دون موافقة الشركاء، فإن أساس الرجوع على باقي الشركاء بما أنفق من مال هو أحكام الفضالة (م 150 وما بعدها من ق.م)[1].

ويجوز للشركاء على الشيوع أن يتفقوا على نسبة أخرى في توزيع النفقات، أو أن يتم إعفاء بعضهم منها؛ كما يجوز لكل شريك أن يتخلص من هذه النفقات إذا تخلى عن حصته في المال الشائع، وذلك وفقا للقواعد العامة. فيترتب على تخلى أحد الشركاء عن حصته المشاعة، إدخال نصيبه في ملك سائر الشركاء، كل بقدر حصته في المال الشائع[2].

فإذا رفع أحد الشركاء مثلا، دعوى لطرد أجنبي تعدى على الملكية العقارية الشائعة لحفظ المال المشاع، ولو بدون موافقة الشركاء، لأنها دعوى تعود بالفائدة على جميع الشركاء، جاز له الرجوع على باقي الشركاء كل حسب حصته بما أنفقه من مال[3]؛ ويشمل ذلك المصاريف القضائية التي أنفقها في رفع الدعوى وسيرها (م 719 من ق.م، و418 من ق.إ.م.إ الجديد)[4].

وفي نفس السياق، يوجب القانون المدني الجزائري على الشريك في الأملاك المتجاورة المتلاصقة، وضع الحدود المادية الفاصلة وإقامة **الحائط المشترك**، وهو نوع من الشيوع الإجباري، وتكون نفقات إقامته أو صيانته أو ترميمه مشتركة بينهما (م 703 من ق.م)، وكذا في تكاليف ومصاريف

---

1 - د. بلحاج العربي، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، دار هومه، 2014، المصادر الإرادية، ج1، فقرة 243 وما يليها، ص 280 وما بعدها؛ ولنفس المؤلف: النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، ج2، الواقعة القانونية، د.م.ج، ط6، 2014، ص 492 وما بعدها.

2 - **مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري**، ج6، ص 95.

3 - **المحكمة العليا**، غ.م، 1994/11/22، ملف رقم 116228، م.ق، 1994، العدد3، ص 143؛ 1997/06/24، ملف رقم 153436، المجلة نفسها، 1997، العدد2، ص 128.

4 - أ. يوسف دلاندة، الوجيز في الملكية العقارية الخاصة الشائعة، المرجع المذكور، ص 78.

صيانة الأجزاء المشتركة في ملكية الطبقات والشقق، وهي الملكية المشتركة في العقارات المبنية (م 750 و750 مكررا1 و750 مكرر2 من ق.م، المضافة بالقانون رقم 01/83 المؤرخ في 1983/01/29).

7- التصرف في المال الشائع :

التصرف في المال الشائع قبل إجراء القسمة في القانون المدني الجزائري، إما أن يكون صادراً من قبل جميع الشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع، في المال الشائع كله (م 720 من ق.م) ؛ وإما أن يكون صادراً من الشريك منفردا في حصته الشائعة، دون إذن باقي شركائه، بشرط ألا يلحق ضررا بحقوق سائر الشركاء (م 714 من ق.م)، غير أن إشتراك هذا الأخير في الملك الشائع يورد على سلطاته قيودا تقتضيها رعاية مصالح شركائه في الشيوع، مما يجعل لتصرفاته القانونية أحكاما خاصة ترتبط بحالة الشيوع. **وهو ما سنعرض له فيما يلي :**

أ- التصرف الصادر من قبل جميع الشركاء :

للشركاء على الشيوع جميعا وبالأغلبية الخاصة، وفقا لنص المادة 720 من ق.م، أي الذين يملكون 4/3 المال الشائع، حق التصرف في المال الشائع، كله أو جزء منه، مفرزاً أو على الشيوع، إذا قرروا هذا التصرف مجتمعين، واستندوا في ذلك على أسباب قوية، وبشرط إعلان هذا التصرف إلى باقي الشركاء كما يقتضيه القانون[1].

فلهم أن يتفقوا على نقل ملكية المال الشائع بالكامل للغير، بالبيع مثلا، فتنتهي بذلك حالة الشيوع بين جميع الشركاء، أو مقايضته بمال آخر ؛ **ولهم حق تعديل حصص الشركاء** نتيجة وجود شريك جديد، كأن

---

[1] - :"من المقرر قانونا أنه يحق للشركاء في الشيوع الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع، أن يقرروا التصرف في المال المشاع، إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قوية، مع إعلان هذا التصرف إلى باقي الشركاء كما يقتضيه القانون ؛ ولذا فإن القرار المطعون فيه أغفل وجوب إبلاغ التصرف محل الطعن في قضية الحال إلى بقية الشركاء، فجاء مشوبا بعيب خرق القانون، مما يستوجب معه النقض."
راجع **المحكمة العليا**، غ.م، 1992/10/28، ملف رقم 92343، م.ق، 1994، العدد1، ص 38 ؛ 1990/01/13، ملف رقم 62092، م.ق، 1991، العدد1، ص 139.

ينقلوا إلى الغير حصة شائعة في المال الشائع، فيزيد بذلك عدد الملاك على الشيوع ؛ ولهم أيضا حق ترتيب حق عيني أصلي أو تبعي على المال الشائع، كحق انتفاع، أو حق ارتفاق لمصلحة عقار مجاور، أو حق رهن مثلا.

وتكون هذه التصرفات القانونية صحيحة ونافذة في حق الشركاء على الشيوع جميعا، وخلفهم العام أو الخاص مادام الشيوع قائما ؛ وحتى لو وقع العقار المشاع كله في نصيب أحدهم أو بيد الغير ؛ لأنها صادرة بإجماع الشركاء المالكين للمال الشائع مجتمعين، بما لديهم من سلطة التصرف المقررة لهم قانونا (م 720 من ق.أ).[1] ولا تؤثر القسمة على التصرفات القانونية الصادرة من قبل الشركاء على الشيوع مجتمعين[2].

كما يجوز للشركاء مجتمعين حق التصرف المادي بالشيء المشاع، كقطع الأشجار، أو هدم البناء القائم على العقار المملوك على الشيوع.

وعلى هذا، **لا يمكن للشريك على الشيوع منفردا التصرف في المال الشائع بأكمله، ولا التصرف في حصة مفرزة مملوكة لأحد الشركاء الآخرين**، فلا يجوز له قانونا التصرف في مقدار يزيد على حصته المشاعة، فهو تصرف غير نافذ في حقهم، وهو مما يعد تصرفا من غير مالك، أي في ملك الغير (م 397 من ق.م) ؛ إذ يجوز للشريك المتضرر في مثل ذلك التمسك بعدم نفاذ التصرف تجاهه (م 191 من ق.م).

فلا يعتبر تصرف الشريك بكل المال الشائع نافذا بحق الشركاء، سوى في حدود الحصة الشائعة للشريك في الشيوع، وجاز للمتصرف إليه حق إبطال التصرف إذا كان يعتقد أن المتصرف يملك المال المبيع كله ؛[3] أما إذا كان المتصرف إليه يعلم وقت التصرف، أن المتصرف شريكا في المال الشائع، فلا يستطيع حينئذ إبطال التصرف للغلط في المبيع[4].

---

[1] - فإذا تصرف جميع الشركاء مثلا في جزء من الملكية العقارية المشاعة للغير، دون أن يكون الجزء المتصرف فيه مفرزا، اعتبر المشتري مالكا على الشيوع مع باقي الشركاء الأصليين في المال الشائع.

[2] - إذ يجوز لهم قانونا بالإجماع إنهاء حالة الشيوع بإجراء قسمة المال المشاع نهائيا، بالتراضى أو بالقضاء.

[3] - د. محمد سوار، الحقوق العينية الأصلية، ص 380.

[4] - د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج8، ص 871 ؛ د. بلحاج العربي، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، دار هومه، 2014، المصادر الإرادية، ج1، فقرة 357 وما يليها، ص 405 وما بعدها.

وعلى هذا قضت المحكمة العليا في قرار مشهور لها بأنه: " لكل شريك في الأرض المملوكة على الشيوع، وفقا لأحكام المادتين 716 و718 من ق.م، الحق في الإعتراض على التصرفات المنفردة الصادرة من أحد الشركاء في المال الشائع. ومن ثم، يحق لكل شريك الإعتراض على الدعم الفلاحي الممنوح له، لإقامة مشروع على الأرض المملوكة عى الشيوع.[1]

غير أنه إذا أجريت قسمة المال الشائع، وتصرف الشريك على الشيوع في جزء مفرز في المال الشائع بعد القسمة، أي في نصيب هذا الشريك المتصرف، أصبح التصرف صحيحا ونافذا في مواجهة الشركاء الآخرين، لأنه تصرف فيما يملك (م 714 و722 و730 من ق.م). ومن ثم، يجوز لأي شريك من الشركاء على الشيوع في القانون المدني الجزائري بيع حصته لشريك آخر، أو أن يطلب من القاضي بيعها بالطريقة المبينة في القانون، وتقتصر المزايدة على الشركاء إذا طلبوا هذا بالإجماع (م 728 من ق.م).[2]

ب- التصرف الصادر من الشريك منفردا في حصته الشائعة :

للشريك في الشيوع وفقا للمادة 714 من ق.م، **أن يتصرف في حصته الشائعة، بكافة التصرفات القانونية إلى أحد الشركاء أو إلى الغير،** بالبيع أوالإجارة أو الهبة أو الوصية أو الرهن أو الوقف وغيرها، دون إلزامه بإخطار باقي الشركاء؛ ما دام في حدود حصته الشائعة، ولكن **بشرط الا يلحق ضررا بحقوق سائر الشركاء الآخرين.**

وهو ما استقر عليه إجتهاد المحكمة العليا من: "**أن كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما، له أن يتصرف فيها دون أن يلحق ضررا بسائر الشركاء الآخرين.** ومن ثم، فإن القضاء يما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون. وعلى ذلك فإن قضاة الموضوع بإبطالهم بيع الحصة في الشيوع وطرد المشتري، وتعويض المطعون ضدها الشريكة في الشيوع، رغم أنها لم يلحقها أي ضرر من البيع المذكور، خرقوا القانون وعرضوا بذلك قرارهم للنقض"[3].

---

[1] - المحكمة العليا؛ غ.ع، 2006/05/17، ملف رقم 349341؛ غير منشور.

[2] - المحكمة العليا، غ.ع، 2001/03/14، ملف رقم 242694، م.ق، 2002، العدد1، ص 152.

[3] - انظر المحكمة العليا، غ.ع، 2010/05/13، ملف رقم 600620، م.م.ع، 2010، عدد 2، ص 228؛ غ.م، 1994/02/07، ملف رقم 113840، م.ق، 1994، عدد2، ص 158؛ 1990/01/13، ملف رقم

فإن كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما، وله أن يستعملها ويستغلها، وأن يستولي على ثمارها، كما له أن يتصرف فيها بكافة التصرفات الجائزة، بنقل ملكيتها أو ترتيب حق عيني عليها؛ وتكون هذه صحيحة قبل الشركاء جميعا، بشرط أن لا يلحق ضررا بحقوق سائر الشركاء الآخرين، طبقا لأحكام المادة 714 من ق.م؛[1]

وإن كان يستوجب موافقتهم لنفاذها، للقيود التي تقتضيها رعاية مصالح شركائه في الشيوع؛ ذلك أنه في الحقيقة لا يجوز للشريك إحداث حق على جزء من العقار الشائع إلا بعد قسمته (م 722 و730 من ق.م). وتفصيل ذلك بصورة موجزة كالآتي:

1- بيع الحصة في الشيوع:

لكل شريك في الشيوع يملك حصته الشائعة ملكية تامة من الناحية القانونية، ومن ثم له الحق أن يتصرف فيها بنقل ملكيتها بالبيع إلى أحد الشركاء أو إلى الغير؛ ما دام البيع الحاصل في حدود حصته الشائعة.[2]

غير أنه يستوجب وفقا للمادة 714 من ق.م **عدم الإضرار بحقوق باقي الشركاء في الشيوع**. فإذا كانت الحصة الشائعة المتصرف فيها بالبيع حصة في عقار، وجب تسجيل التصرف في السجل العيني العقاري، حتى يكون نافذا بالنسبة للغير؛ ويحل المتصرف إليه محل الشريك بما له من حقوق وما عليه من إلتزامات، ومن ثم يملك الحق في طلب القسمة.

وعلى ذلك، ليس للشريك أن يتصرف في حصته المشاعة تصرفا ضارا بالشركاء،[3] اللهم إذا أجريت قسمة المال المشاع فيما بين الشركاء في

62092، م.ق، 1991، العدد1، ص 139؛ 1990/10/29، ملف رقم 63765، المشار إليه؛ 1987/04/08، ملف رقم 39496، م.ق، 1991، العدد3، ص 9.

[1] - المحكمة العليا، غ.ع، 1999/03/24، ملف رقم 186043، إ.ق.غ.ع، عدد خاص، ج2، ص 190؛ 1998/09/30، ملف رقم 161833، إ.ق.غ.ع، عدد خاص، ج2، ص 195؛ 1990/10/29، ملف رقم 63765، م.ق، 1992، العدد4، ص 28.

[2] - المحكمة العليا، غ.ع، 1992/10/29، ملف رقم 63765، م.ق، 1992، العدد 4.

[3] - المحكمة العليا، غ.ع، 1998/09/30، ملف رقم 161833، مذكور سابقا؛ 1987/04/08، ملف رقم 39496، م.ق، 1991، العدد3.

الشيوع، وتم إفراز وتحديد الحصص نهائيا (م 730 من ق.م) ؛ لأن الشريك **في الشيوع له حق ممارسة الشفعة إذا بيع العقار المشاع إلى أجنبي**، والحلول محل المشتري (م 795 و804 من ق.م) ؛[1]

كما أن البيع يشترط فيه قانونا، **أن يكون المبيع معلوما ومحددا** ومفرزا ومقدورا على تسليمه (م 94 و352 و397 من ق.م)، والحصة هنا مشاعة في صورة مختلطة بين عدد من الشركاء، الذين قد يتضررون من جراء هذا التصرف ببيع أملاكهم الخاصة والمشتركة.

وعلى هذا، لا يمكن بيع القطعة الأرضية المشاعة لأجنبي في صورة الإختلاط، دون القيام بعملية القسمة لتمييزها وتفريقها وتحديدها عن حصص الشركاء الآخرين ؛ فإن كان المال المشاع يقبل القسمة عينا دون أن يلحقه نقص كبير في قيمته، للخروج من حالة الشيوع، وتحديد نصيب باقي الشركاء على الشيوع ؛ ومن ثم أمكن تصرف كل شريك في حصته المشاعة (م 722 و723 و724 من ق.م).[2]

ومن جهة أخرى، لا يجوز لأي شريك في الشيوع أن يتصرف في حصته لأجنبي، ما دامت ملكية الأسرة قائمة، إلا برضا وموافقة باقي الشركاء جميعا، طبقا لأحكام 737 إلى 742 من ق.م.

فإذا كان تصرف أحد الشركاء بالبيع في حصته المشاعة، لم يلحق أي ضرر بالشركاء، لأنهم لم يثبتوا تضررهم من جراء تصرف الشريك،

---

[1] - إن الشركاء على الشيوع لهم حق ممارسة الشفعة بشروطها القانونية، وهنا لا يجوز بيع المال للغير، إلا بإجازة بقية الشركاء على الشيوع الآخرين.
أنظر**المحكمة العليا**، غ.م، 1990/10/29، ملف رقم 63765، غير منشور ؛ **د. أيمن سليم**، سلطات المالك على الشيوع، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 27 وما بعدها ؛ **د. بيار إميل طوبيا**، الملكية الشائعة، المرجع المذكور، ص 133 وما بعدها.
"لكل واحد من الشركاء في الملك الشائع أن يتصرف في حصته كيف شاء، بشرط الا يلحق ضررا بحقوق سائر الشركاء."
راجع **المحكمة العليا**، غ.م، 1989/05/17، ملف رقم 53009، منشور في القانون المدني نصا وتطبيقا، ص 280 ؛ 1997/11/11، ملف رقم 1794، ن.ق، 1999، العدد54، ص 93.
2- **المحكمة العليا**، غ.ع، 2000/01/19، ملف رقم 213265، م.ق، 2001، العدد1، ص 17 ؛ 1998/09/30، ملف رقم 161833، المشار إليه ؛ 1996/06/26، ملف رقم 134535، المجلة نفسها، 1999، العدد54، ص 69.

فلا يجوز لهم التمسك قانونا بإبطال البيع،[1] وإنما يسوغ لهم المطالبة بقسمة المال الشائع.[2]

وعلى هذا، فإنه للشريك في الشيوع في الفقه الإسلامي بيع حصته المشاعة، بلا إذن الشريك الآخر، إلا في صورة الخلط والإختلاط ؛ فإنه **لا يجوز البيع بغير إذن شريكه، وليس له أن يتصرف في حصته تصرفا مضرا بدون إذن شريكه** ؛ كما أنه يمنع الفقه الإسلامي على الشريك في الشيوع أن يتصرف بجزء معين من المال الشائع.[3]

غير أن عقد الوعد بالبيع المنصب على نصيب الشريك في الشيوع الواعد في الملكية الشائعة، هو إتفاق صحيح من الناحية القانونية، إذا كان نصيبه محددا، والمساحة محل الوعد بالبيع محددة بصفة دقيقة، واستيفاء الوعد بالبيع مقتضيات المادتين 71 و94 من ق.م.[4]

وعلى كل، إذا أراد الشريك بيع حصته الشائعة قبل القسمة، كان شريكه في الشيوع أحق بها من الأجنبي ؛ وجاز له الحق في إسترداد الحصة المشاعة المبيعة من طرف أحد الشركاء لأجنبي (م 721 من ق.م). فيكون **للشريك في المال المشاع ممارسة حقه في الشفعة لرفع الضرر عنه** ؛[5] بدفع الثمن الذي عرضه الأجنبي ويحل محله في البيع، ضمن احترام الأجل

---

[1] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2010/05/13، ملف رقم 600620، م.م.ع، 2010، عدد 2، ص 228 ؛ 2006/03/15، ملف رقم 338735، غير منشور ؛ 1994/02/07، ملف رقم 113840، م.ق، 1994، عدد2، ص 158 ؛ 1990/01/13، ملف رقم 62092، م.ق، 1991، العدد1، ص 139 ؛ 1990/10/29، ملف رقم 63765، م.ق، 1992، العدد4 ؛ 1987/04/08، ملف رقم 39496، م.ق، 1991، العدد3، ص 9.

[2] - "يحق لأحد الشركاء في الشيوع التصرف في حصته المشاعة غير المفرزة، شريطة عدم الإضرار بباقي الشركاء ؛ ومن ثم عدم جواز طلب إبطال التصرف من قبل الشركاء في الشيوع الذين لم يثبتوا الإضرار بمصالحهم ولم يبينوا أن حقوقهم قد مست، فتنعدم مصلحتهم قانونا في النزاع الحالي".
المحكمة العليا، غ.ع، 1999/03/24، ملف رقم 186043، إ.ق.غ.ع، عدد خاص، ج2، ص 190 ؛ 1998/09/30، ملف رقم 161833، المشار إليه ؛ غ.م، 1975/12/26، ملف رقم 19454، تطبيقات قضائية في المادة العقارية، 1995، ص 115.

[3] - أ. علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، ص 183.

[4] - **المحكمة العليا**، غ.م، 2007/02/21، ملف رقم 354333، م.م.ع، 2007، العدد1، ص 249 ؛ د. بلحاج العربي، الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية في ضوء القانون المدني الجزائري، دار هومه، 2014، ص 286 وما بعدها.

[5] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2000/05/31، ملف رقم 194838، إق.غ.ع، عدد خاص، 2004 ج1، ص 240.

والإجراءات المنصوص عليها قانونا ؛[1] **وكان له الحق في إتباع إجراءات الشفعة وإسترداد المال المشاع إذا بيع الى أجنبي**،[2] غير أنه لا شفعة بعد إجراء القسمة القضائية النهائية التي تضع حدا للشيوع (م 795 من ق.م).[3]

ولا يؤثر سبب الشيوع على ترتيب الشفعاء، بل يستوي الشريك في الشيوع عن طريق الشراء مع الشريك في الشيوع عن طريق الإرث ؛ فلا أفضلية لأحدهما على الآخر في التمسك بحق الشفعة.[4]

2- إجارة الحصة في الشيوع :

يجوز للشريك في الشيوع تأجير حصته المشاعة، لأن له حق ترتيب حق عيني عليها، كحق الإنتفاع مثلا ؛ فيصبح المنتفع بالإجارة شريكا في الإنتفاع دون الرقبة التي تبقى للشريك في الشيوع المتصرف ؛ غير عقد الإيجار المتعلق بالملكية الشائعة، هو من أعمال الإدارة التي تحتاج قانونا الى رأي أغلبية الشركاء على أساس قيمة الأنصبة وفقا للمادة 716 من ق.م.[5]

وفي هذا، ذكر علماء الفقه الإسلامي بأن **تأجير الشريك في الشيوع لحصته الشائعة تقع فاسدة وليست باطلة**، لإستحالة تسليم العين المأجورة التي ما تزال غير مفرزة على سبيل الإختلاط ؛ لكون العين المؤجرة هنا غير محددة، **أي غير معينة تعيينا كافيا ؛ لأنها مختلطة بحصص الشركاء في الشيوع الآخرين**، أي أنها جزء مملوك له وجزء لباقي الشركاء على الشيوع.[6]

1- "لا تكون الشفعة إلا للشركاء في الشيوع، ممن لهم صفة المالكين في المال المشاع ؛ فلا يحق طلب الشفعة ممن فرز نصيبه، وتحصل على حصة مفرزة مستقلة، بقسمة رضائية ثابتة."
أنظر المحكمة العليا، غ.ع، 2000/05/31، ملف رقم 194838، المشار إليه ؛ تعليق أ. بوتارن فايزة، إق.غ.ع، عدد خاص، 2004 ج1، ص244 ؛ 1997/05/23، ملف رقم 148541، م.ق، 1997، عدد1، ص183 ؛ 1997/02/18، ملف رقم 136156 ؛ 1984/11/05، ملف رقم 33797، م.ق، 1989، العدد3، ص 71. راجع لاحقا موضوع الشفعة كسبب لكسب الملكية في هذا الكتاب.

2- المحكمة العليا، غ.ع، 1998/03/25، ملف رقم 179321، م.ق، 1998، عدد 1، ص 83 ؛ 1984/11/05، ملف رقم 33797، م.ق، 1989، العدد3، ص 71.

3- المحكمة العليا، غ.ع، 2007/05/09، ملف رقم 402638، م.م.ع، 2008، عدد 1، ص 193.

4- المحكمة العليا، غ.ع، 2009/07/08، ملف رقم 543584، إق.غ.ع، 2010، عدد خاص، ج3 ص 334.

5- المحكمة العليا، غ.ع، 1985/12/07، ملف رقم 38418، مذكور سابقا.

6- د. بلحاج العربي، الوجيز في الحقوق العينية في ضوء الفقه الإسلامي، المرجع المذكور، ص 93 ؛ د. مازن صباح، إيجار المال الشائع في الفقه الإسلامي، مجلة الجامعة الإسلامية، الرياض، سلسلة دراسات إسلامية، جوان 2009، العدد2، المجلد 17.

فإن أمكن فرز الحصة الشائعة المؤجرة التي آلت إلى الشريك وتحديدها وتمييزها وتعيينها، جازت إجارتها في حدود حصة الشريك المؤجر، لتحقق القدرة على تعيين وتسليم العين المؤجرة، وهذا لإمكانية المستأجر الإنتفاع بالحصة المشاعة المؤجرة لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم (م 467 وما بعدها من ق.م المعدلة بالقانون رقم 05/07)، شأنه في ذلك شأن الشريك المالك نفسه، دون أن يلحق ذلك ضررا بحقوق سائر الشركاء (م 714 من ق.م).

وقد أجاز القانون المدني العراقي صراحة للشريك في الشيوع أن يؤجر حصته المشاعة؛[1] كما أن مجلة الأحكام العدلية أجازت وبكل وضوح للشريك في المهايأة أن يؤجر نوبته في الإنتفاع في المهايأة الزمانية، أو الجزء الذي ينتفع به في المهايأة المكانية.[2]

3- هبة الحصة في الشيوع :

إن الهبة من العقود العينية (Contrats réels) التي تنعقد بالإيجاب والقبول، **التي يشترط فيها تسليم العين محل التعاقد من الواهب إلى الموهوب له لانعقاد العقد، فهي لا تلزم إلا بالقبض، أي بالحيازة التي هي شرط لتمام العقد**؛ مع مراعاة أحكام التوثيق في الهبة العقارية والإجراءات الخاصة في المنقولات التي تستوجب التسجيل. فإذا إختل أحد هذه القيود بطلت الهبة (م 206 و207 من ق.أ).[3]

فإن أمكن فرز العين الموهوبة موضوع التعاقد، وتحديدها وتعيينها وتسليمها جازت هبتها قانونا، ويتم ذلك بورقة رسمية في الهبة العقارية،[4]

---

[1] - المادة 1061 مدني عراقي.

[2] - المادة 1185 و1188 من مجلة الأحكام العدلية وفقا للمذهب الحنفي..

[3] - المحكمة العليا، غ.ع، 2005/05/25، ملف رقم 301501، مذكور في القضاء العقاري، 2011، ص 306؛ غ.م، 1995/06/07، ملف رقم 121664، م.ق، 1995، العدد1، ص 111؛ غ.أ.ش، 2012/06/14، ملف رقم 692316، م.م.ع، 2012، العدد2، ص 261؛ 2010/07/15، ملف رقم 554347، م.م.ع، 2010، العدد2، ص 255؛ 1998/03/17، ملف رقم 186058، م.ق، 1999، العدد1، ص 11؛ 1995/06/07، ملف رقم 121664، م.ق، 1995، عدد 1، ص 111؛ 1992/02/18، ملف رقم 81376، م.ق، 1993، عدد 4، ص 88؛ 1991/06/18، ملف رقم 272055، م.ق، 1993، العدد3، ص 72.

[4] - منصوري نورة، هبة العقار في التشريع الجزائري، دار الهدى، 2010، ص 57 وما بعدها.

وبالقبض (الحيازة) في المنقول ؛[1] وإلا يكون الأمر صعبا مضرا بحقوق باقي الشركاء في الشيوع، ويخلق عدة مشاكل في الشيوع. فإذا كان كل شريك في الشيوع يملك حصته مفرزة ملكا تاما، آلت إليه بعد حدوث القسمة، جاز له أن يتصرف فيها بالهبة من الناحية القانونية.

وفي السياق نفسه، **يجوز للشريك في الشيوع أن يوقف حصته** التي آلت إليه بعد القسمة على وجه التأبيد والتصدق لجهة معينة ؛ طالما كان هو المالك للمال الموقوف، وكان الوقف منصبا على جزء معين مفرز، غير مجهول وخالي من كل نزاع، **وإلا لا يجوز له أن يوقفه** (م 714 من ق.م، و213 من ق.أ).[2] ولا يخضع وقف الحصة المعينة بعد تحديدها للرسمية، فلا يشترط إفراغ الوقف في الشكل الرسمي ؛ لأن الوقف من أعمال التبرع التي تدخل في أوجه البر المختلفة المنصوص عليها شرعا[3].

4- رهن الحصة في الشيوع :

إن رهن الحصة المشاعة من طرف أحد الشركاء في الشيوع لضمان دينا عليه، يصطدم هو الآخر بإشكاليات قانونية، لأنه **لا يصح الرهن قانونا إلا بتخصيص وبتسليم الشيء المرهون كله للدائن المرتهن بورقة رسمية أو برهن حيازي** ؛ بأن يكون العقار معينا تعيينا دقيقا كافيا، من حيث طبيعته وموقعه بما ينفي عنه الجهالة (م 885 من ق.م).[4] والحصة المشاعة مختلطة بين الشركاء على الشيوع، وهذا يحتاج إلى موافقة بقية الشركاء، الذين يجوز لهم قانونا حق استرداد الحصة الشائعة المرهونة التي تصرف فيها أحدهم

1- لأن القبض (الحيازة) شرط لتمام العقد في الهبة (م 206 ق.أ)، والعارية (م 538 و539 ق.م)، والرهن الحيازي (م 948 و951 ق.م)، والوديعة (م 590 و591 من ق.م) والقرض الإستهلاكي (م 451 ق.م). انظر د. **بلحاج العربي**، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، المصادر الارادية، المرجع المذكور، فقرة 82 وما بعدها، ص 114 وما يليها.

2- يحق للمالك في الشيوع توقيف نصيبه، إذا كان الوقف منصبا على جزء مفرز آل إليه بعد حدوث القسمة. **المحكمة العليا**، غ.ع، 2010/05/13، ملف رقم 600620، المشار إليه ؛ 1993/09/28، ملف رقم 94323، م.ق، 1994، العدد2، ص 76.

3- **المحكمة العليا**، غ.أ.ش، 1999/11/16، ملف رقم 234655، إ.ق.غ.أ.ش، 2001، ص 268.

4- ومن ثم، يجوز للمحكمة أن تبطل عقد الرهن الرسمي إذا لم يكن العقار المرهون معينا تعيينا كافيا. راجع لاحقا موضوع الرهن في الفصل المتعلق بالحقوق العينية التبعية من هذا الكتاب.

لأجنبي للمال الشائع كله، وفقا لشروط معينة بإثبات الإضرار بحقوقهم، مما قد يفوت عليهم الانتفاع بالمال الشائع كله ؛ فإذا تعدد المستردون فكل منهم أن يسترد بنسبة حصته (م 714 و721 من ق.م).[1]

فإن رهن الشريك لحصته الشائعة يكون صحيحا، بشرط الا يضر بحقوق باقي الشركاء أثناء الشيوع (م 1/714 من ق.م) ؛ فلا ينفذ هذا الرهن في مواجهة باقي الشركاء في الشيوع إلا من وقت حدوث قسمة المال الشائع، ومعرفة كل شريك لحصته مفرزة ومحددة (م 890 من ق.م).[2]

ومن ثم، **إذا قام أحد الشركاء برهن حصته الشائعة، وكان ذلك لا يضر بحقوق باقي الشركاء في الشيوع، كان الرهن صحيحا من الناحية القانونية** ؛ فإذا حل أجل الدين، ولم يحصل الوفاء من طرف الشريك الراهن لحصته الشائعة، جاز للدائن المرتهن التنفيذ على هذه الحصة الشائعة وطلب بيعها بالمزاد العلني، ويحل الراسي عليه المزاد محل الشريك الراهن لحصته في الشيوع، ويصبح شريكا على الشيوع مع باقي الشركاء، ولا يتضرر برهن صدر من جميع الشركاء في الشيوع ولا بإمتياز المتقاسمين.[3]

أما إذا وقعت قسمة المال الشائع قبل حلول أجل الدين المضمون بالرهن، كان مصير الرهن متوقفا على نتيجة القسمة أو البيع لعدم إمكان قسمته عينا ؛ إنتقل الرهن إلى الأعيان المخصصة له بما يعادل قيمة العقار الذي كان مرهونا في الأصل، ويبين هذا القدر بأمر على عريضة، ويقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذي انتقل إليه الرهن خلال 90 يوما من الوقت الذي يخطره فيه أي ذي شأن بتسجيل القسمة (م 2/890 من ق.م).[4]

---

[1] - **المحكمة العليا**، غ.م، 1987/12/16، ملف رقم 43462، م.ق، 1992، العدد3، ص 14.

[2] - **د. سي يوسف زاهية**، المرجع المذكور، ص 60 وما بعدها ؛ **د. شوقي بناسي**، أحكام عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري، دار هومه، 2008، ص 138 وما بعدها.

[3] - **أ. يوسف دلاندة**، الوجيز في الملكية العقارية الخاصة الشائعة، المرجع المذكور، ص 81 و82.

[4] - **د. عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط، ج8، ص 323 وما بعدها ؛ **د. سمير تناغو**، التأمينات الشخصية والعينية، ص 185 وما يليها ؛ **د. محمد منصور**، النظرية العامة للائتمان، مذكور سابقا، ص 236.

وعلى كل، يبقى نافذا الرهن الصادر من جميع المالكين للعقار الشائع في القانون المدني الجزائري، أيا كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته (م 1/890 من ق.م) ؛ كما أن رهن الشريك للعقار الشائع كله، يقع صحيحا أيضا بالنسبة لحصته الشائعة فقط، ولا يكون الرهن نافذا في حق باقي الشركاء في الشيوع، ويبقى مصير هذا الرهن على نتيجة قسمة العقار الشائع أو على بيعه لعدم إمكان قسمته كما ذكرنا (م 2/890 من ق.م، و786 من ق.إ.م.إ).[1]

ومن ثم، فإنه قبل قسمة المال الشائع، لا يكون لأي من الشركاء على الشيوع أية ملكية خالصة في مجموع العقار الشائع، فلا ينفذ رهن الشريك لجزء مفرز من العقار المشاع في مواجهة الشركاء الآخرين ؛ لأن حق كل منهم يتعلق بهذا الجزء، فلا يختص الشريك الراهن من دونهم بسلطة التصرف فيه، فيبقى هذا التصرف غير نافذ في حقهم حتى تجرى القسمة.[2]

وقد ذكرنا سابقا في مسألة التصرف بالملكية الشائعة، أنه إذا قام الشريك بالتصرف في المال الشائع كله، أو جزء يزيد على حصته فيه، اعتبر هذا التصرف صادرا من غير مالك بالنسبة لما يزيد عن حصته ؛ ومن ثم لا يمكن للشريك إجراء التصرف في جزء مفرز من العقار الشائع قبل إجراء القسمة، فلا يعتبر تصرفه هذا نافذا تجاه الشركاء في السيوع، وتمنع المصالح العقارية المختصة بالتسجيل العيني من تسجيل حق المتصرف إليه على العقار قبل تجزئة هذا العقار.[3]

---

[1]- المحكمة العليا، غ.م، 1991/02/18، ملف رقم 64984، م.ق، 1993، العدد 1، ص 23 ؛ راجع لاحقا الرهن الرسمي والرهن الحيازي ضمن موضوع الحقوق العينية التبعية في هذا الكتاب.

[2] - د. سي يوسف زاهية، الوافي في عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري، دار هومه، 2015، ص 62.

[3] - ومع ذلك، يمكن للمتصرف إليه أن يتمسك بحقه في ملكية المتصرف به إذا كان من المنقول الشائع، إذ كان حسن النية، إعتمادا على قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز وفقا لأحكام المادة 835 من ق.م ؛ وما على الشركاء في الشيوع في هذه الحالة سوى العودة على شريكهم المتصرف. أما إذا كان المتصرف إليه سيء النية، فلا يكتسب ملكية المنقول لا بالعقد ولا بالحيازة. راجع لاحقا تملك المنقول بالحيازة ضمن موضوع الحيازة كسبب من أسباب التملك في هذا الكتاب.

8- إنقضاء حالة الشيوع :

نصت المادة 722 من ق.م على أنه : **لا يجبر أحد من الشركاء على البقاء في الشيوع، ما لم يكن مجبرا على البقاء فيه بمقتضى نص أو إتفاق وفقا** ؛[1] ومن ثم، فلكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع نهائيا، ما لم يكن مجبرا على البقاء في الشيوع بموجب نص قانوني أو إتفاق بين الأطراف. ولا يجوز بمقتضى الإتفاق أن تمنح القسمة إلى أجل يتجاوز خمس سنوات، فإذا تجاوز هذه المدة نفذ الإتفاق في حق الشريك وفي حق من يخلفه.[2]

ومن ثم، كان من أهم أسباب انقضاء الشيوع هو قسمة المال الشائع، وهي القسمة التي ترد على الملكية المشاعة، وتنهى حالة الشيوع بصفة نهائية ؛ وهى تختلف عن قسمة المهيأة المكانية أو الزمانية التي سبق الإشارة إليها، والتي هي قسمة مؤقتة للمنافع لا قسمة ملك، فهي لا تبقى إلا لمدة معينة كما رأينا[3].

غير أن انقضاء الشيوع بالقسمة النهائية بين الشركاء، هو السبب الرئيس الذي يؤدى إلى انقضاء حالة الشيوع، فينفرد بعد إجرائها كل شريك بحصته مفرزة أي بجزء يتناسب مع حصته في المال الشائع.

ومن ثم، وجب دراسة أنواع القسمة وأحكامها (أولا)، ثم البحث في آثارها القانونية (ثانيا) في القانون المدني الجزائري :

---

[1] - وهي القاعدة المكرسة باجتهاد مستقر للمحكمة العليا الجزائرية. أنظر المحكمة العليا، غ.ع، 2009/10/15، ملف رقم 547042، إق.غ.ع، عدد خاص، 2010، ج3، ص 305 ؛ تعليق د. لحلو غنيمة، المرجع نفسه، ص 309 وما بعدها ؛ غ.م، 1984/11/05، ملف رقم 33797، م.ق، 1989، العدد3، ص 71.

[2] - : من المقرر قانونا أنه لكل شريك وفقا لأحكام المادة 722 من ق.م، أن يطالب بقسمة المال الشائع، ما لم يكن مجبرا على البقاء في الشيوع، بمقتضى نص أو إتفاق. ولا يجوز بمقتضى الإتفاق أن تتجاوز مدة الإتفاق خمس سنين، فإذا تجاوز هذه المدة نفذ الإتفاق في حق الشريك وفي حق من يخلفه." أنظر المحكمة العليا، غ.م، 1984/11/05، ملف رقم 33797، م.ق، 1989، العدد3، ص 71.

ولا يجوز شرعا وقانونا وفقا لأحكام المادة 213 من ق.أ قسمة الأملاك المحبسة قسمة ناقلة للملكية. المحكمة العليا، غ.ع، 2013/03/14، ملف رقم 752359، م.م.ع، 2014، العدد1، ص 339.

[3] - ينقضي الشيوع بأسباب متعددة: كالعقد والوصية والميراث، وكذا بهلاك المال الشائع كليا، أو خروج الملكية الشائعة من أيدي الشركاء على الشيوع، كبيع المال المشاع بالمزاد العلني، أو بانحصار جميع الأنصبة بيد أحد الشركاء في الشيوع وغيرها.

أولا : أنواع القسمة :

المقصود بالقسمة إفراز وتعيين الحصص للشركاء بعضها عن بعض، بتحديدها وإخراجها من الشيوع نهائيا، وإعطاء كل شريك على الشيوع حصته المفرزة في المال الشائع، سواء حصل ذلك بالتراضي أو بحكم من المحكمة، بما يتناسب مع حصته قي هذا المال المملوك على الشيوع. وهذه هي القسمة الكلية التي تتناول جميع الأموال الشائعة ؛ ومن ثم يستقل حق الشريك بجزء مفرز عن الأجزاء الأخرى التي خصصت لشركائه فى الشيوع[1]

وقد تكون القسمة جزئية تهدف إلى إفراز نصيب أحد الشركاء في مجموع الأموال الشائعة، ويبقى سائر الشركاء على الشيوع في جميع الأموال المتبقية على حالهم بعد إستبعاد النصيب المفرز.

وعلى هذا، فقد أجاز القانون المدني الجزائري، **لكل شريك الحق في طلب القسمة القضائية أمام القضاء**، وفي أي وقت شاء، حال وجود خلاف بين الشركاء في اقتسام المال الشائع، **وهي القسمة القضائية**، حيث يرفع الشريك الذي يريد الخروج من حالة الشيوع الدعوى على باقي الشركاء أمام المحكمة المختصة (م 724 من ق.م) ؛[2] وهذا إذا لم يتفق مع شركائه على الخروج من الشيوع بصفة رضائية ودية، **وهي القسمة الإتفاقية التي تنعقد بإجماع المالكين وبرضاهم في الملكية العقارية الشائعة (م 723 من ق.م)**.

وعلى ذلك، تنقسم القسمة في القانون المدني الجزائري إلى نوعين مهمين : قسمة إتفاقية، وقسمة قضائية ؛ وهو ما سنعالجه فيما يلي :

أ- القسمة الإتفاقية

نصت المادة 723 من ق.م في فقرتها الأولى على أنه : "يستطيع الشركاء إذا انعقد إجماعهم، أن يقسموا المال الشائع بالطريقة التي

---

[1] - وهي قسمة أعيان تنهي حالة الشيوع نهائيا، بإفراز وتعيين الحصص للشركاء بعضها عن بعض. أنظر المادة 1114 من مجلة الأحكام العدلية ؛ د. **بيار إميل طوبيا**، الملكية الشائعة، المرجع المذكور، ص 221 وما بعدها.

[2] - راجع أ. **احمد خالدي**، القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، ص 33 و127 وما بعدها ؛ أ. **يوسف دلاندة**، الوجيز في الملكية العقارية الخاصة الشائعة، ص 87.

يرونها ؛ فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون".

كما أنها أشارت في فقرتها الثانية إلى أنه : "لا يجوز بمقتضى الإتفاق أن تمنح القسمة إلى أجل يجاوز خمس سنوات، فإذا لم تجاوز هذه المدة نفذ الإتفاق في حق الشريك وفي حق من يخلفه"[1].

ومضمون هذه المادة يتعلق بالقسمة الإتفاقية الودية أو الرضائية التي تتم بالتراضي بين كافة الشركاء على الشيوع الذين لهم أهلية التصرف في حقوقهم، **وهي تتم بإجماع جميع الأطراف المالكين في الملكية الشائعة على قسمة المال المشاع نهائيا** (L'indivision en vertu d'une convention) ؛ بأن يأخذ كل منهم نصيبه من هذا المال الشائع بالطريقة التي تراضوا عليها إذا انعقد إجماعهم على ذلك.[2]

فإذا قيد الشركاء أنفسهم بالبقاء على الشيوع لمدة معينة، فإن ذلك الإتفاق يتطلب إجماع الشركاء عليه، وفي حال حصوله، لا يمكنه أن يقيد الشركاء في طلب إجراء القسمة لأكثر من خمس سنوات ؛ فلا يجوز للشركاء الإتفاق على ما يزيد عليها. فإذا إنعقد إجماع الشركاء على البقاء في حالة الشيوع لمدة تزيد على المدة المذكورة، فلا يعتد بهذا الإتفاق إلا في حدود خمس سنوات.[3]

1- شروط القسمة الإتفاقية

إن القسمة الإتفاقية وفقا لأحكام المادة 723 من ق.م هي بمثابة العقد، تتم بموافقة جميع الشركاء عليها لإنهاء حالة الشيوع بصفة نهائية ؛ فهي ملزمة للشركاء الذين وافقوا عليها، **لأن العقد شريعة المتعاقدين** (م 106 من

---

[1] - ما تزال الأخطاء اللغوية واردة في النص العربي للمادة 723 من ق.م، رغم تعديلات عام 2005، وهي تؤدي عكس المعنى الذي قصده المشرع في هذه المادة بالذات ؛ ومنها ضرورة تصحيح كلمة يمنع بدلا من "يمنح"، ويتجاوز بدلا "يجاوز"، وتتجاوز بدلا من "تجاوز" ؛ وهو المعنى المقصود من أنه يجوز للشركاء على الشيوع الإتفاق على البقاء في الشيوع بشرط ألا تزيد المدة على خمس سنين.

[2] - **المحكمة العليا**، غ.غ، 2002/04/24، ملف رقم 229161، إ.ق.غ.ع، ج1، 2004، ص 269.

[3] - وقد حددت هذه المدة في القانونين المصري والسوري بخمس سنوات قابلة للتجديد.

ق.م). ومن ثم يشترط فيها رضا كل واحد من المتقاسمين لإنهاء الشيوع بتحديد أنصبة جميع الأطراف بالتراضي ؛ كما أنه يجب أن تتوافر الأهلية الكاملة في الشركاء على الشيوع للمصادقة على القسمة والإمضاء عليها وفقا للإجراءات التي يفرضها القانون. كما يشترط أن يكون محل القسمة الإتفاقية مستوفيا لشروطه، وأن يوجد سبب مشروع لإجراء القسمة، وهو إجراء قسمة المال الشائع لإنهاء حالة الشيوع، بإفراز وتعيين حصص الشركاء.

ومن ناحية أخرى، فإن **القسمة الإتفاقية أو الرضائية أو الودية إذا تعلقت بعقار شائع**، يستوجب أن تنعقد بإجماع المالكين في الملكية العقارية الشائعة بصفة ودية، مع مراعاة **أحكام القانون رقم 29/90 المؤرخ في 1990/12/01** المتعلق بالتهيئة والتعمير المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/04 المؤرخ في 2004/08/14، بضرورة **الحصول على رخصة التجزئة لكل عملية** تقسيم عقار إلى ملكيتين أو ملكيات عقارية مهما كان موقعها، داخل المحيط العمراني أو خارجه (المادة 57 و58 و59 و64 منه) ؛ **والمرسوم التنفيذي رقم 176/91 المؤرخ في 1991/05/28**، [1] المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 03/06 المؤرخ في 2006/01/07، [2] وكذا بالمرسوم التنفيذي رقم 307/09 المؤرخ في 2009/09/22، [3] **الذي يحدد كيفيات وإجراءات** ومحتوى وثائق رخصة التجزئة، وشهادة تقسيم الإرض، ورخصة البناء، وشهادة المطابقة، ورخصة الهدم (المواد من 7 إلى 30 منه).

فقد نصت المادة 18 من **المرسوم التنفيذي رقم 176/91** المؤرخ في 1991/05/28، أنه لا يتم ترخيص التجزئة العمرانية، إلا إذا كانت موافقة لمخطط شغل الأراضي العمرانية، الذي يحدد الكمية الدنيا والقصوى للبناء المسموح به، المحدد للمساحات العمومية والمساحات الخضراء، وأنماط البنايات المسموح بها ؛ وفقا للقيود القانونية المتعلقة بحق البناء في الأراضي العمرانية. كما أن المادة 57 **من القانون رقم 29/90** المؤرخ في

---

[1] - الجريدة الرسمية، العدد26، الصادر في 1991/05/31.
[2] - الجريدة الرسمية، العدد01، الصادر في 2006/01/08.
[3] - الجريدة الرسمية، العدد55، الصادر في 2009/09/27.

1990/12/01، أشارت إلى أنه إذا كانت تجزئة الأرض خارج المناطق العمرانية، فهي مقيدة بوجوب مراعاة المساحات المرجعية المحددة قانونا، والمتعلقة بقيود الأراضي الفلاحية[1].

ونلاحظ أنه إذا كان من بين الشركاء ناقص للأهلية أو فاقد لها أو غائب، وجب مراعاة الإجراءات الشرعية القانونية المنصوص عليها في أحكام الولاية على المال التي هي من النظام العام (م 79 من ق.م المعدلة بالقانون رقم 10/05 و88 من ق.أ)، وكذا الأحكام الواردة في القانون رقم 08/09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن **قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد** ؛ وهي ضرورة موافقة الولي الشرعي للشريك ناقص الأهلية على القسمة الودية الحاصلة[2]، وأن يصدق عليها القاضي المختص لتصبح نافذة في حق الجميع (م 423 إلى 426، و453 إلى 489 من ق.إ.م.إ، و88 من ق.أ).[3]

وبالإضافة إلى اشتراط الأهلية لدى الشركاء المتقاسمين، **يجب أن تكون إرادتهم خالية من عيوب الإرادة** : كالغلط أوالإكراه أوالتدليس أو الغبن (م 81 إلى 91 من ق.م). ومن ثم، **يجوز لمن لحقه غبن فاحش يزيد على الخمس** في القسمة الودية الحاصلة بالتراضي في الأملاك العقارية الشائعة، أن يطلب من القضاء فسخ القسمة الرضائية والمطالبة بعدالتها، لرفع الغبن، إذا كان الغبن فاحشا[4]. **غير أنه لا تثار مسألة الغبن تلقائيا، ولا تكون مقبولة إلا إذا كانت**

---

[1] - أ. يوسف دلاندة، الوجيز في الملكية العقارية الخاصة الشائعة، ص 88 وما بعدها ؛ خوادجية حنان، قيود الملكية العقارية الخاصة، رسالة ماجستير، جامعة قسنطينة، 2008، ص 128 وما يليها.

[2] - "من المقرر قانونا أن الرجوع للعدالة لحماية حقوق وأموال القاصر هو إجراء من النظام العام." المحكمة العليا، غ.م، 1986/06/30، ملف رقم 41470، م.ق، 1989، العدد2، ص 81 ؛ 1986/02/24، ملف رقم 40651، ورد في كتابنا قانون الأسرة وفقا لمبادئ الإجتهاد القضائي، ص 156.

[3] - إذا كان من بين الشركاء من هو ناقص الأهلية، وجب مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون ؛ وهي موافقة وليه الشرعي، واستئذان القاضي في التصرفات الخاصة بأموال القاصر من بيع العقار وقسمته ورهنه وإجراء المصالحة (م 88 من ق.أ و732 من ق.م). المحكمة العليا، غ.م، 2000/01/19، ملف رقم 213265، م.ق، 2001، العدد1، ص 17.
فإنه لا يجوز للوصي على القاصر أن يبيع عقاره إلا بمسوغ شرعي، أي بسبب مقبول، بعد أخذ إذن القاضي وفقا للمادة 88 من ق.أ، وذلك لأن بقاء العقار فيه حفاظ على مصلحة القاصر أكثر من حفظ ثمنه.

[4] - فإذا كان الغبن يسيرا في القسمة الرضائية، فلا يحق للشريك على الشيوع أن يطلب من القضاء فسخ عقد القسمة ؛ ولتفادي دعوى الغبن وجب على الشركاء الآخرين إكمال المغبون ما نقص من حصته.
"فلا يجوز الرجوع في القسمة الرضائية إلا إذا اثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه غبن يزيد عن الخمس ؛ ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون غير مؤسس يستوجب الرفض." المحكمة العليا، غ.م، 1978/12/16، ملف رقم 43462، م.ق، 1992، العدد3، ص 14.

وتكون القسمة الرضائية صحيحة، وعدل عنها طرف بسبب الغبن الفاحش؛[1] العبرة في تقدير الغبن بقيمة المال الشائع وقت إجراء القسمة، أي إلى قيمة الحصص وقت القسمة، وفقا لأحكام المادة 732 من ق.م[2].

ولا تسمع دعوى نقض القسمة الحاصلة بالتراضي بسبب الغبن وإعادة القسمة، إلا إذا رفعت قبل انتهاء السنة الموالية من تاريخ إجراء القسمة الرضائية؛ وللمدعي عليه أن يوقف سيرها إذا أكمل للمدعي نقدا أو عينا ما نقص من حصته[3].

وفي حالة عدم وجود اتفاق الشركاء على القسمة الرضائية بالإجماع، أو أنه تم نقضها أو معارضتها أو فسخها من طرف أحدهم، أو من دائني أحد الشركاء، أو من ورثته الشرعيين؛ عادت حالة الشيوع السابقة على إتفاق القسمة من جديد وبأثر رجعي، واسترجع كل شريك من الشركاء المشتاعين حقه في طلب القسمة من جديد، ووجب اللجوء إلى القسمة القضائية الجبرية أمام المحكمة المختصة للخروج من حالة الشيوع نهائيا[4].

وفي هذا أشارت المحكمة العليا في أحد قراراتها المشهورة، بأن بيع التركة بين الورثة المتنازعين، رغم عدم إتفاق جميع الأطراف على ذلك، ومصادقة قضاة الموضوع على ذلك، يشكل إساءة في تطبيق القانون، ويعرض القرار المطعون فيه للنقض[5].

---

[1]- ومن ثم، فإن القضاء ببطلان القسمة الرضائية الحاصلة بالتراضي في الملكية الشائعة لوجود غبن، وبحجة أنها غير منصفة، وجزئية دون إثبات الغبن الحاصل، يشكل خطأ في تطبيق القانون يستوجب النقض.
المحكمة العليا، غ.غ، 2007/07/11، ملف رقم 410107، م.م.ع، 2008، العدد2، ص 249؛ 2000/07/26، ملف رقم 196366، إق.غ.ع، 2004، عدد خاص، ج1، ص279؛ غ.م، 1987/12/16، ملف رقم 43462، م.ق، 1992، العدد3، ص 14.

[2]- يشترط الخمس في الغبن وقت إجراء القسمة، فلا يعتد بقيمته وقت نشوء حالة الشيوع، أو وقت رفع الدعوى. أما إذا وقع في القسمة غلط جوهري، فلا يشترط فيه نصاب معين، غير أن مدة رفع الدعوى في الغلط هي 10 سنوات منذ إكتشافه. أنظر د. **عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط، ج8، ص 899.

[3]- المادة 732 من ق.م، وهذا الميعاد هو من مواعيد السقوط، فلا يقبل قانونا الوقف أو الانقطاع. **المحكمة العليا**، غ.ع، 2000/05/31، ملف رقم 198689، إق.غ.ع، 2004، عدد خاص، ج1، ص 283؛ 2000/07/26، ملف رقم 196366، المرجع نفسه، ص279.

[4] - أ. **احمد خالدي**، القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، ص 77 وما بعدها؛ أ. **يوسف دلاندة**، الوجيز في الملكية العقارية الخاصة الشائعة، ص 103؛ أ. **سماعين شامة**، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، دار هومه، ط2، 2002، ص 203.

[5] - **المحكمة العليا**، غ.م، 1993/10/26، ملف رقم 94089، م.ق، 1994، العدد1، ص 79.

وجدير بالذكر أنه يجوز لدائني أحد الشركاء أو لورثته الشرعيين، معارضة القسمة الرضائية والطعن في إجراءاتها في حالة التواطؤ بين الشركاء بالتهريب أو الصورية، والطعن بالدعوى غير المباشرة وفقا للقواعد العامة ؛ وكذا طلب فسخ هذه القسمة التي جرت دون علمهم، بإعذار رسمي يبلغ إلى جميع الشركاء في الشيوع في القسمة الرضائية، حماية للضمان العام لمدينهم. أما بالنسبة لمن لم يعارض في إجراءات القسمة، فلا يستطيع أن يطعن بها إلا في حالة الغش[1].

وقد استقر الإجتهاد القضائي العربي المقارن على أن القسمة الرضائية تكون ممكنة حتى إذا كان هناك من بين الورثة من هو ناقص الأهلية، **بشرط أن يقوم ممثله بالحصول على الإذن المطلوب من المحكمة المختصة، ومصادقة هذه المحكمة على القسمة الودية الحاصلة**[2]. وذلك لأن البطلان المترتب على عدم مراعاة هذه الإجراءات التي يستلزمها القانون قد شرع لمصلحة القاصر ومن في حكمه، شريطة أن يأذن القاضي (رئيس المحكمة) بإجراء القسمة تحت البطلان النسبي ؛ الذي لا يحتج به إلا من قبل ناقص الأهلية نفسه الذي يحق له التنازل عنه أو التمسك به بعد بلوغه سن الرشد، خلال السنة التي تليها إذا كان قاصرا، أو عند رفع الحجر عن الشريك إذا كان محجورا عليه[3].

2- إفراغ إتفاق القسمة في الشكل الرسمي

وجدير بالتنويه أن **القسمة الإتفاقية الودية المنصبة على العقار، لا يكون لها أثر قانوني حتى بين الأطراف، إلا من تاريخ تسجيلها وشهرها**، بنشرها في مجموعة البطاقات العقارية، مادام أن نقل ملكية أي عقار يجب أن تكون في الشكل الرسمي الذي يتطلبه القانون، وفقا لأحكام المواد 1/324 و4 و793 من قم ؛ و12 من الأمر رقم 91/70 المؤرخ في 1970/12/15 ؛ و15 و16 من الأمر رقم

---

1 - أ. احمد خالدي، المرجع المذكور، ص 75 و176 وما يليها.

2 - نقض مدني سوري، 1975/10/04، المحامون، 1976، ص 47 ؛ نقض مدني مصري، 1966/11/12، م.أ.ن، 17، 6150، 11.

3 - د. عبد المنعم فرج الصدة، ، الحقوق العينية الأصلية، المرجع المذكور، ص 207.

74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري. فإن القسمة الودية الرضائية التي لم تراع الإجراءات الشكلية المنصوص عليها قانونا لنقل ملكية العقار وشهرها، تعتبر قسمة مهايأة تخص الإنتفاع فقط، مع بقاء ملكية العقار في حالة الشيوع.[1] ومن ثم، فإن مصادقة قضاة الموضوع على قسمة ودية رضائية منصبة على عقار تمت بعقد عرفي، هو قضاء مخالف للقانون، ما دام أن **نقل ملكية أي عقار يجب أن يكون في عقد رسمي مسجل في السجل العقاري**[2].

ومن ثم، **لا يمكن إثبات عقد القسمة الإتفاقية المنصبة على عقار، إلا بموجب عقد رسمي مسجل لدى المصالح العقارية المختصة**، وتم شهره طبقا لأحكام الشهر العقاري وفقا لما يتطلبه القانون؛[3] بما في ذلك لو تمت بالصلح، لأن الصلح المنصب قانونا على عقار يخضع للرسمية.[4]

وهو ما استقر عليه إجتهاد المحكمة العليا، من أن **الرسمية لازمة تحت طائلة البطلان في جميع العقود المنصبة على ملكية العقارات**، التي

---

[1]- "ومن ثم، فإن استبعاد قضاة الإستئناف لوثيقة القسمة الودية المحتج به من الطاعنين لعدم شهرها، يعد تطبيقا سليما للقانون...".

راجع **المحكمة العليا**، غ.ع، 2002/06/18، ملف رقم 231832، إ.ق.غ.ع، 2004، عدد خاص، ج1، ص265 ؛ 2002/04/24، ملف رقم 229161، إ.ق.غ.ع، 2004، عدد خاص، ج1، ص269 ؛ 2000/05/31، ملف رقم 198689، المرجع نفسه، ص 283.

" إن القسمة الودية التي انقلبت إلى قسمة نهائية ومهيأة حسب إدعاء الطاعن، لم يثبتها هذا الأخير، وبالعكس من ذلك تبين أن الحيازة لم تكن هادئة ؛ كما ثبت أن القطعة الأرضية محل النزاع مازالت مشاعة...". أنظر المحكمة العليا، غ.ع، 2003/04/23، ملف رقم 196366، م.ق، 2003، عدد 2، ص239.

[2]- **المحكمة العليا**، غ.ع، 2000/02/24، ملف رقم 196366، إ.ق.غ.ع، 2004، عدد خاص، ج1، ص279 ؛ 2002/06/18، ملف رقم 231832، المرجع نفسه، ص265.

راجع للإستزادة: **د. علي فيلالي**، الشكلية في العقود، المجلة الجزائرية، 1997، العدد3، ص 715 وما يليها ؛ **د. ويس فتحي**، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، دار هومه، ط2، 2015، ص 583 وما بعدها ؛ **أ. سعيد خلفوني**، شهر التصرفات العقارية في القانون العقاري الجزائري، دوات، 2004 ؛ **د. بلحاج العربي**، مصادر الإلتزام، المرجع المذكور، ج1، ص 108 و582 وما بعدها.

[3]- **المحكمة العليا**، غ.ع، 2008/07/16، ملف رقم 462587، م.ق، 2008، العدد2، ص 261 ؛ 2008/04/23، ملف رقم 448919، م.ق، 2008، العدد1، ص 227 ؛ 2007/09/12، ملف رقم 414655، م.م.ع، 2008، العدد1، ص 211 ؛ 2002/04/24، ملف رقم 229161، المشار إليه ؛ 2000/05/17، ملف رقم 224884، م.ق، 2001، ص 129 ؛ 2000/10/25، ملف رقم 201440، غير منشور.

[4] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2004/07/21، ملف رقم 274325، غير منشور.

يجب أن تحرر وجوبا في الشكل الرسمي إضافة إلى إجراءات الشهر العقاري، لأن الملكية في العقار تنتقل قانونا بالإشهار لكي تكون نافذة بحق الغير؛[1] غير أن عدم توفر العقار المشاع، محل القسمة بين الشركاء المشتاعين على سند رسمي وفقا لأحكام المادة 324 مكرر من ق.م، لا يحول قانونا دون قسمته بين الورثة وفقا لمقتضيات المادة 724 من ق.م.[2]

ومن ثم، حكمت المحكمة العليا في اجتهاداتها المشهورة، بأن **القسمة الودية للعقار المشاع التي لم تفرغ في الشكل الرسمي** الذي يستوجبه القانون، ولم تمر عليها مدة 15 سنة من تاريخ وقوعها تكون قسمة غير نهائية، ومن ثم **يجوز التراجع عنها والمطالبة القضائية بقسمة نهائية أمام القضاء**؛[3] غير أن الحكم الذي يقضي بالمصادقة على الصلح الذي صدر، وفقا لرغبة وإرادة الشركاء لإنهاء النزاع بالقسمة الودية، لا يجوز لأي واحد منهم التراجع عنه، وهو من الأحكام غير القابلة للإستئناف؛[4] كما أن سكوت أحد الشركاء في الشيوع (وهو أحد الورثة (عن المطالبة القضائية بالخروج من حالة الشيوع لفترة طويلة، بسبب القرابة وصلة الرحم، لا يعد تنازلا عن حقه في طلب قسمة العقار المشاع أمام الجهات القضائية المختصة.[5]

3- الوضع في ملكية الأسرة

ومن المعلوم في هذا الشأن، أن **ملكية الأسرة وفقا للمادة 742 من ق.م، تخضع للقواعد الموضوعية التي تطبق على الملكية الشائعة، وذلك فيما عدا الأحكام الخاصة المتعلقة بها** (La communauté familiale)، من حيث طبيعتها الخاصة التي تنشأ **بإتفاق مكتوب بين شركاء، تجمعهم**

---

[1] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2009/11/12، ملف رقم 491615، إ.ق.غ.ع، 2010، عدد خاص، ج3، ص240؛ 2009/11/12، ملف رقم 549408، المرجع نفسه، ص231؛ تعليق أ. **بلعربية فاطمة الزهراء**، المجلة نفسها، ص 247 وما بعدها؛ **الغرف المجتمعة للمحكمة العليا**، 1997/02/18، ملف رقم 136156، م.ق، 1997، العدد1، ص 10.

[2] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2010/09/16، ملف رقم 561209، م.م.ع، 2010، عدد 2، ص259؛ 2009/05/13، ملف رقم 490334، م.م.ع، 2009، عدد 2، ص296.

[3] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2000/05/17، ملف رقم 224884، غير منشور.

[4] - **المحكمة العليا**، غ.أ.ش، 1998/11/17، ملف رقم 210560، م.ق، 2000، عدد 2، ص180.

[5] - **المحكمة العليا**، غ.أ.ش، 2001/07/18، ملف رقم 257099، م.م.ع، 2004، عدد 2، ص331؛ غ.ع، 2007/01/12، ملف رقم 384565، م.م.ع، 2007، العدد2، ص 401.

رابطة الأسرة واحدة، ووحدة العمل أو المصلحة (م 738 من ق.م)، وكذا القواعد المتعلقة بإدارتها وقواعد الوكالة، وكيفية التصرف فيها، والإنتهاء منها بقسمة المال الشائع التابع المملوك للشركاء في ملكية الأسرة الواحدة (م 737 إلى 742 من ق.م).

وذلك لأنه غالبا ما تظل أموال التركة العقارية مملوكة على الشيوع في ملكية الأسرة بعد وفاة المورث، لمدة طويلة يقوم بإدارتها أصحاب النصيب الأكبر من قيمة الحصص، وللشركاء تعيين مدير معين بموافقتهم جميعا لإدارة الأموال المشتركة وحسن الإنتفاع بها (م 741 من ق.م) ؛ كأن يرغب أفراد الأسرة الواحدة البقاء على الشيوع، بدلا من تفتيت الأرض الزراعية المشاعة، وتجزئتها إلى قطع صغيرة مما يفوت عليهم فرص الإنتفاع بها.

ومن ثم، **لا يجوز لأي شريك في ملكية الأسرة، أن يطالب بقسمة الأموال المملوكة للشركاء في المال الشائع، ما دامت ملكية الأسرة قائمة** ؛ فهي نوع من الشيوع الإجباري المؤقت بالضرورة، إذا تبين من الغرض الذي أعد له هذا المال أنه يجب أن يبقى دائما على الشيوع، إلا بعد إنتهاء المدة المتفق عليها (م 737 و740 من ق.م) ؛ غير أنه **لا يمكن إتفاق الشركاء على إنشائها لمدة تتجاوز خمس عشرة سنة** (م 739 من ق.م).[1] إلا أنه يجوز قانونا لكل شريك في ملكية الأسرة، أن يطلب من المحكمة المختصة الإذن في إخراج نصيبه من هذه الملكية قبل إنقضاء الأجل المتفق عليه، إذا وجد مبرر قوي لذلك (م 1/722 من ق.م).[2]

ونلاحظ هنا، أنه نتيجة لضعف العلاقات الأسرية بشكل عام، وقلة الحاجة للتعاضد الأسري الملحوظ في المجتمع الجزائري المعاصر، وفقا للمتغيرات الإقتصادية والإجتماعية الحديثة ؛ فقد أصبح ظاهرا قلة اللجوء إلى مثل هذا النوع من الملكية.

---

[1] - **المحكمة العليا**، غ.م، 1989/04/19، ملف رقم 51109، م.ق، 1991، العدد1، ص 17.

[2] - **المحكمة العليا**، غ.م، 1990/05/09، ملف رقم 59514، م.ق، 1991، العدد2، ص 35 ؛ 1984/01/09، ملف رقم 32128، م.ق، 1990، العدد2، ص 28 ؛ 1990/05/09، ملف رقم 59514، غير منشور ؛ 1998/09/30، ملف رقم 181703، م.ق، 1998، العدد2، ص 37 ؛ راجع **أ. يوسف دلاندة**، الوجيز في الملكية العقارية الخاصة الشائعة، ص 113 وما بعدها.

ب- القسمة القضائية :

نصت المادة 724 من ق.م في فقرتها الأولى على أنه : "إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع، فعلى من من يريد الخروج من الشيوع أن يرفع الدعوى على باقي الشركاء أمام المحكمة". كما أنها أشارت في فقرتها الثانية إلى أنه : "وتعين المحكمة إن رأت وجها لذلك خبيرا أو أكثر، لتقويم المال الشائع وقسمته حصصا، إن كان يقبل القسمة عينا دون أن يلحقه نقص كبير في قيمته".

ومقتضى هذه المادة أنه **إذا اختلف الشركاء المشتاعين في قسمة المال الشائع بصفة ودية**، في حال لم ينعقد إجماعهم على القسمة الرضائية ؛ فعلى الشريك الذي يريد الخروج من الشيوع رفع الدعوى على باقي الشركاء أمام القضاء، من أجل إزالة الشيوع نهائيا، **إذ يجوز قانونا للشريك الذي يرغب في الخروج من الشيوع، أن يرفع دعوى القسمة أمام القضاء**، وفقا لأحكام المادة 724 من ق.م، وهي دعوى الخروج من الشيوع، على سائر الشركاء على الشيوع أمام المحكمة المختصة التي يقع في دائرتها المال الشائع ؛ **إذ لا يجبر أحد على البقاء في الشيوع** طبقا لمقتضيات المادة 722 من ق.م[1].

ونتطرق للقسمة القضائية من خلال البحث في دعوى القسمة القضائية، وأنواعها سواء أكانت قسمة عينية أم قسمة تصفية، وأخيرا تبيان آثارها القانونية :

1- دعوى القسمة القضائية :

وعلى هذا، إذا إختلف الشركاء في إقتسام المال الشائع بالتراضي، فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يرفع **دعوى القسمة لإنهاء حالة الشيوع** على باقي الشركاء في الشيوع ؛ يطلب فيها قسمة المال الشائع، بإدخال جميع أطراف النزاع في الخصومة، بدعوة جميع الشركاء ؛[2] سواء بصفة مدعين أو مدعى عليهم ؛ ويمكن للدائنين العاديين أن يتدخلوا في الدعوى

---

[1]- **المحكمة العليا**، غ.م، 1989/04/19، ملف رقم 51109، م.ق، 1991، العدد1، ص 17.

[2]- فقد أوجبت المادة 724 من ق.م، دعوة جميع الشركاء في دعوى إنهاء حالة الشيوع، تحت طائلة عدم القبول. **المحكمة العليا**، غ.م، 1988/12/07، ملف رقم 47222، م.ق، 1990، العدد2، ص 20.

المرفوعة دون دعوة من الشركاء (م 199 و511 وما يليها من ق.إ.م.إ).[1] فالقسمة القضائية محاطة بإجراءات وضمانات قانونية، تكفل عدالتها ونقضها بسبب الغبن أو غيره، لكونها تتم تحت إشراف المحكمة التي تفصل في كل المنازعات المتعلقة بالقسمة (م 726 من ق.م).

فلكل شريك في الشيوع الحق في طلب القسمة القضائية للمال الشائع، وهذا الحق من النظام العام، لا يسقط بالتقادم مهما طال الزمن، ولا يسقط بالتنازل عنه، وهو ينتقل لخلفه العام الخاص ؛ مع مراعاة القيود الإتفاقية بإتفاق جميع الشركاء على البقاء في الشيوع أو القيود القانونية الواردة بنص، وفقا لمقتضيات المادة 722 من ق.م.[2]

والمحكمة المختصة بالفصل في دعوى إنهاء حالة الشيوع هي المحكمة التي يقع في دائرتها الملكية العقارية الشائعة، مهما كانت قيمة هذه الملكية المشاعة ؛ التابعة لمحاكم القضاء العادي (م 37 و38 و46 و511 إلى 518 من ق.إم.إ الصادر بالقانون رقم 08/09، والقانون العضوي رقم 11/05 المؤرخ في 2005/07/17 المتعلق بالتقسيم القضائي). ومن ثم، لا يمكن قانونا الحكم برفع اليد عن الحصة الشائعة في الملكية العقارية المشاعة القابلة للقسمة، دون القيام بعملية القسمة العينية للخروج من حالة الشيوع، بتعيين خبير في القضية أو أكثر، لتقويم الملكية العقارية المشاعة، والقيام بقسمة الحصص، ومن ثم تحديد نصيب كل مالك على الشيوع بصفة نهائية.[3]

وتتم القسمة القضائية من خلال فرز وتحديد نصيب كل شريك في المال المشترك على حدة، ما دام موضوع النزاع يتعلق بإنهاء حالة الشيوع، بصفة جبرية تحت إشراف القضاء، تتوج بصدور حكم قضائي وتحديد

---

[1] - المحكمة العليا، غ.م، 1997/05/28، ملف رقم 148362، م.ق، 1997، عدد 1، ص173 ؛ 1989/04/19، ملف رقم 51109، المشار إليه.

[2] - المحكمة العليا، غ.ع، 2002/02/20، ملف رقم 220023، إق.غ.ع، مق، عدد خاص، 2004، ج2، ص 228 ؛ 2001/01/18، ملف رقم 257099، مق، 2004، العدد2، ص 331 ؛ 2000/11/22، ملف رقم 204939، إق.غ.ع، عدد خاص، 2004، ج2، ص 233 ؛ 2000/06/28، ملف رقم 194378، المرجع نفسه، ص 206 ؛ 1989/04/19، ملف رقم 51109، مق، 1991، العدد1، ص 17 ؛ 1984/11/05، ملف رقم 33797، مق، 1989، العدد3، ص 71.

[3] - المحكمة العليا، غ.م، 1997/06/26، ملف رقم 134535، ن.ق، العدد 54، ص69.

أنصبة الأطراف المتنازعة ؛[1] وهذا حتى إذا امتنع، أو تغيب أحد الشركاء على الشيوع، متى روعيت الإجراءات القانونية الواجبة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية. ومن ثم وجب أن تأمر المحكمة المختصة بإدخال كافة الشركاء على الشيوع، حتى يكون الحكم الصادر في دعوى القسمة حضوريا وحجة عليهم.

فإذا كان بين الشركاء غائب أو مفقود أو من هو ناقص الأهلية، أو من لم تتوافر فيه الأهلية، وجبت مراعاة الإجراءات الشرعية القانونية المتعلقة بنظام الولاية والنيابة الشرعية (م 79 من ق.م المعدلة عام 2005، و81 إلى 115 من ق.أ)، وتعيين من يمثلهم في دعوى القسمة، لضمان عدم الإجحاف بحقوقهم الشرعية، وفقا لما يقرره القانون رقم 08/09 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد ؛ وإن كان القانون الجزائري يستوجب أنه إذا كان أحد الشركاء غائبا أو فاقدا الأهلية أو ناقصها، فلا تصح القسمة الرضائية، إذ لابد في مثل هذه الحالات من اللجوء إلى القسمة القضائية، حيث تقع القسمة تحت إشراف القضاء، ويعرض ملف القضية بواسطة كاتب الضبط على السيد النائب العام قبل 10 أيام على الأقل من يوم الجلسة (م 181 من ق.أ).[2]

وتخضع دعوى القسمة العينية للمال الشائع، لقواعد الإجراءات المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد المتعلقة بالدعاوى الموضوعية العادية، من حيث مواعيد وآجال وطرق الطعن العادية وغير العادية ؛ ومن ثم فإن الحكم الغيابي الصادر في دعوى القسمة هو حكم قابل للمعارضة.[3] وللخصوم التمسك بالدفوع الشكلية المتعلقة بعدم صحة

---

[1]- المحكمة العليا، غ.م، 1996/06/26، ملف رقم 134535، ن.ق، 1999، العدد54، ص 69.

[2]- "من المقرر قانونا، أنه في حالة وجود قاصر بين الورثة، يتوجب أن تكون قسمة التركة بين الورثة عن طريق القضاء، واحترام الإجراء الخاص بإطلاع النيابة العامة على القضية، وإلا اعتبرت القسمة باطلة، والقرار الصادر بشأنها موجبا للنقض والإبطال."
المحكمة العليا، غ.ا.ش، 1995/01/31، ملف رقم 112773، ن.ق، 1997، العدد52، ص 181.
1992/12/22، ملف رقم 84551، م.ق، 1995، العدد1، ص 117.

[3]- "**من المقرر قانونا انه تخضع دعوى القسمة العينية للمال الشائع، لقواعد الإجراءات الخاصة بالدعوى الموضوعية العادية، من حيث الآجال وطرق الطعن العادية وغير العادية. وتخضع تصفية**

الإجراءات أو إنقضائها أو وقفها، في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، بإثارتها قبل أي دفع في الموضوع ؛[1] وتوجب المادة 17 من ق.إ.م.إ إشهار كل الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار أو حق عيني عقاري مشهر، مهما كان الهدف من الدعوى، تحت طائلة عدم قبولها شكلا ما لم يثبت إيداعها للإشهار.

2- القسمة العينية :

والأصل أن تقوم المحكمة بإجراء القسمة عينيا، وهي"القسمة العينية"، أي تجزئة المال الشائع إلى حصص (Le Partage en nature)، وإعطاء كل شريك جزء يعادل حصته فيه، ويجوز للقضاء الاستعانة بخبير أو أكثر لتقويم المال المشترك وقسمته حصصا عينية كل بقدر حصته، إن كان المال يقبل القسمة عينا دون أن يلحقه نقصا كبيرا في قيمته (م 2/724 من ق.م).[2]

وعلى هذا، **تتم قسمة المال المشاع في حالة إختلاف الشركاء** بمعرفة خبير أو أكثر تحت إشراف المحكمة، **عن طريق تكوين الحصص على أساس أصغر نصيب** ؛ فلا يشترط في القسمة العينية أن تكون الحصص متساوية تماما، فإن حصلت زيادة في إحدى الحصص ونقص في الأخرى، تم تكميل النقص بمعدل نقدي يسمى "معدل القسمة".[3]

وتفصل المحكمة في كل المنازعات المتعلقة بتكوين حصص الشركاء، وإجراء القسمة بطريق القرعة بعد تكوين الحصص ؛ وتثبت المحكمة ذلك في محضرها تصدر حكما بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز، وفقا لأحكام المواد 722 و724 و725 و727 من ق.م ؛[4] ما لم

التركة من الناحية الإجرائية لقواعد القضاء الإستعجالي." **المحكمة العليا**، غ.ع، 2009/11/12، ملف رقم 554791، إق.غ.ع، 2010، عدد خاص، 2010، ج3، ص 321.

[1] - **المحكمة العليا**، غ.م، 1993/09/27، ملف رقم 109743، م.ق، 1994، عدد 1، ص 153 ؛ 1983/05/30، ملف رقم 31432، م.ق، 1989، عدد 1، ص 182.

[2] - **المحكمة العليا**، غ.م، 1996/06/26، ملف رقم 134535، ن.ق، 1999، العدد54، ص 69 ؛ 1993/10/26، ملف رقم 94089، م.ق، 1994، العدد1، ص 79 ؛ 1987/12/27، ملف رقم 46589، م.ق، 1990، العدد4، ص 54.

[3] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2008/09/10، ملف رقم 476491، ن.ق، 2014، العدد67، ص 180.

[4] - ومن ثم، فعلى قضاة الموضوع عدم الإكتفاء بالمصادقة على الخبرة، دون التعرض للإقتراع، بعد تشكيل الحصص وفرز الأنصبة، وإعطاء كل شريك نصيبه ؛ وتثبت المحكمة ذلك في محضر تحرره، وتصدر حكما بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز.

يكن لأحد الشركاء عقار ملاصق للعقار المشترك، فيأخذ نصيبه من القسم الملاصق.[1] فإذا تعذر على أحد الشركاء أخذ كامل نصيبه، عوض بمعدل عما نقص من نصيبه (م 725 من ق.م).[2]

فالقسمة العينية هي تلك التي يقسم فيها المال المشاع إلى أجزاء مفرزة تتناسب وحصص الشركاء، وهي لا تجرى إلا في الأشياء القابلة للتجزئة؛[3] على أنه يشترط في الشيء القابل للقسمة العينية، وفقا لأحكام المادة 728 من ق.م أن يظل الإنتفاع به ممكنا بعد تقسيمه، وأن لا يفضي تقسيمه إلى إحداث نقص كبير في قيمته.[4]

فإذا كانت الحصص ضئيلة جدا، بحيث يستحيل تعيين الأنصبة، وتعذر إعطاء كل شريك قطعة مفرزة محددة من العقار تساوي حصته في المال الشائع، بأن تعذرت مثلا القسمة على أساس أصغر نصيب، ولو كانت القسمة جزئية (La quote-part la plus petite)؛ **ففي هذه الحالة يعوض الشريك بمبلغ نقدي**، يدفعه من حصل من الشركاء على قطعة تجاور قيمتها قيمة حصته (L'indemniser de ce qui manque à cette quote-part).[5]

والمهم في القسمة العينية وفقا للمادة 727 من ق.م، **أن تفصل المحكمة في كل المنازعات المتعلقة بقسمة المال الشائع**، وخاصة منها ما يتعلق بتكوين الحصص، بإعطاء كل شريك نصيبه مفرزا يتناسب مع حصته؛ **ولها أن**

راجع **المحكمة العليا**، غ.م، 1998/04/21، ملف رقم 188189، م.ق، 2000، العدد1، ص 174؛ 1992/10/28، ملف رقم 91439، م.ق، 1994، العدد3، ص 18؛ 1990/12/17، ملف رقم 65223، م.ق، 1991، العدد4، ص 71؛ 1984/07/09، ملف رقم 32812، م.ق، 1989، العدد3، ص 55.

[1] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2002/07/17، ملف رقم 233109، م.م.ع، 2004، العدد2، ص 323.

[2] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2006/01/18، ملف رقم 331235، غير منشور.

[3] - "ما دام ثابتا أن العقار المشترك المملوك على الشيوع قابل للقسمة، دون ان يترتب عنها انخفاض في قيمته، فيكون تمسك الطاعن ببيع المزاد العلني غير صائب."
المحكمة العليا، غ.ع، 2000/09/27، ملف رقم 201854، إ.ق.غ.ع، 2010، عدد خاص، 2004، ج1، ص 274؛ غ.م، 1986/06/02، ملف رقم 41996، م.ق، 1989، العدد2، ص 78.

[4] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2000/09/27، ملف رقم 201854، المشار إليه.

[5] - أنظر أ. **أحمد خالدي**، القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، ص 139 وما بعدها؛ د. **محمد سوار**، حق الملكية في ذاته، ص 153؛ وراجع في مراحل القسمة العينية ومشكلاتها: د. **فيصل العساف**، الآثار السلبية للقسمة العينية ومحاولة علاجها، مجلة العلوم الإقتصادية والقانونية، جامعة حلب، سوريا، 2005.

تجري القرعة بين الشركاء، بطريق الإقتراع بعد تكوين الحصص (Le Partage par voie de tirage au sort) ؛[1] كما يمكنها الإستعانة بتقرير خبيراو أكثر لتقويم المال المشاع وقسمته حصصا مفرزة، وتأسيس حكمها على نتائج الخبرة، إن كان المال يقبل القسمة عينا، دون أن يلحقه نقصا كبيرا في قيمته ؛[2] وإن كان القاضي غير ملزم برأي الخبير، إلا أنه ينبغي عليه قانونا مناقشة ما ورد في تقرير الخبرة وتسبيب إستبعاد نتائجها، والرد على جميع الطلبات والدفوع المقدمة، ومواجهة ما قدم من أدلة ومستندات في الدعوى المقدمة، وفقا للمادة 2/144 من ق.إ.م.إ وإلا كان حكمه عرضة للنقض.[3]

وعلى ذلك، حكمت المحكمة العليا بأنه : **تدخل عملية القرعة في قسمة الملكية العقارية الشائعة، وتحرير محضر بذلك، وتكوين الحصص على أساس أصغر نصيب، إلى أجزاء تتناسب وحصص الشركاء ضمن صلاحيات القاضي بما له من سلطة تقديرية، وفقا لأحكام المواد 722 و724 و725 و727 من ق.م ؛ ومن ثم يعد مخالفة للقانون صرف القاضي الأطراف إلى إجراء القرعة بخصوص مشروع القسمة.[4] فإنه تتم قسمة المال الشائع، في حالة إختلاف الشركاء، بتعيين خبير من طرف المحكمة، عن طريق تكوين الحصص، وإجراء القرعة.[5]**

---

[1] - "من المقرر قانونا أن العقار تجرى قسمته بطريق الإقتراع، وتثبت المحكمة ذلك في محضرها، وتصدر حكما بإعطاء كل شريك نصيبه المقرر ؛ ومن ثم فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا للقانون". المحكمة العليا، غ.م، 1992/10/28، ملف رقم 91439، م.ق، 1994، العدد3، ص 18 ؛ 1989/10/25، ملف رقم 54849، م.ق، 1991، العدد1، ص 25 ؛ 1987/12/07، ملف رقم 46589، م.ق، 1990، العدد4، ص 54 ؛ 1984/07/09، ملف رقم 32812، م.ق، 1989، العدد3، ص 55 ؛ 1998/04/21، ملف رقم 188189، م.ق، 2000، العدد1، ص 124.

[2] - المحكمة العليا، غ.م، 2001/03/14، ملف رقم 242694، م.ق، 2002، العدد1، ص 152 ؛ 1998/03/25، ملف رقم 151301، المشار إليه.

[3] - المحكمة العليا، غ.م، 2012/06/21، ملف رقم 806311، م.م.ع، 2013، العدد1، ص 143 ؛ غ.أ.ش، 1991/05/21، ملف رقم 73267، م.ق، 1993، العدد3، ص 65 ؛ 1988/09/26، ملف رقم 47071، م.ق، 1992، العدد1، ص 33.

[4] - المحكمة العليا، غ.ع، 2013/12/12، ملف رقم 821985، م.م.ع، 2014، عدد 1، ص 356. وقد صححت المحكمة العليا الموقرة، بهذا القرار المبدئي السديد بعض إجتهاداتها غير الواضحة السابقة، الواردة في بعض قراراتها المنتقدة، حيث نقضت فيها قرارات مطعون فيها ؛ لأن الخبير لم يجر عملية القرعة للقيام بالقسمة، واعتبرت ذلك خرقا لأحكام المادة 727 من ق.م. في حين أن المحكمة المختصة هي الجهة القضائية المخولة بإجراء القرعة وتحرير محضر بذلك، طبقا لهذه المادة القانونية. راجع كمثال: المحكمة العليا، غ.ع، 2002/07/17، ملف رقم 233109، إ.ق.غ.ع، 2010، م.م.ع، عدد خاص، ج3، ص 317.

[5] - المحكمة العليا، غ.ع، 2002/07/17، ملف رقم 233109، م.م.ع، 2004، العدد2، ص 323.

ولا يمكن بأي حال، أن تتحول مهمة الخبير التي هي عمل فني بحت (م 138 من ق.إ.م.إ)، إلى منح الخبير صلاحيات القاضي، كإجراء تحقيق أو سماع الشهود أو إجراء القسمة بطريق الإقتراع؛[1] إذ يمكن للقاضي في حدود سلطته التقديرية، أن يؤسس حكمه على نتائج الخبرة، لكنه غير ملزم برأي الخبير ولا بنتائجها، وفي حالة إستبعاد الخبرة يتعين عليه تسبيب ذلك بأسباب مقنعة؛ ومن ثم الفصل في الدعوى حسب وقائعها طبقا للقانون، أو تعيين خبير آخر للقيام بنفس المهام المسندة للخبير الأول (م 141 و144 من ق.إ.م.إ).[2]

كما قضت المحكمة العليا في إجتهاداتها المشهورة بأنه: يعد خرقا للقانون يستوجب النقض، مصادقة قضاة الموضوع على مشروع قسمة ملكية شائعة، أعده خبير وحدد فيه بنفسه حصة كل وارث، بدون موافقة الشركاء في الشيوع (م 724، 727 و728 من ق.م).[3] كما أن مصادقة القاضي على الخبرة، دون احترام إجراء القرعة لإعطاء كل شريك نصيبه المفرز؛ لأنه طبقا للمادة 727 من ق.م لا يكون إسناد الحصص في دعوى قسمة الملكية الشائعة إلا بطريق القرعة يعد خرقا للقانون يتوجب معه النقض والإبطال.[4]

3- قسمة التصفية :

نصت المادة 728 من ق.م على أنه : **"إذا تعذرت القسمة عينا، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته، بيع هذا المال**

---

[1] - **المحكمة العليا**، غ.م، 1993/07/07، ملف رقم 97774، م.ق، 1994، العدد2، ص 108؛ 1988/10/02، ملف رقم 50558، م.ق، 1990، العدد3، ص 91.

[2] - **أ. يوسف دلاندة**، الوجيز في الملكية العقارية الخاصة الشائعة، المرجع المذكور، ص 145 إلى 178.

[3] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2013/01/10، ملف رقم 782720، م.م.ع، 2013، عدد 2، ص 320؛ 2008/09/10، ملف رقم 476491، ن.ق، 2014، عدد 67، ص 180.

في حالة التركة المتعلقة بقسمة الملكية الشائعة، لا يجب الإكتفاء بالمصادقة على الخبرة، بل يستوجب على قاضي الموضوع إجراء القسمة بالإقتراع، وفرز الأنصبة؛ فإذا تعذرت القسمة عينا، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال الشائع، بيع هذا المال بالمزاد العلني؛ وتقتصر المزايدة على الشركاء وحدهم إذا طلبوا ذلك بالإجماع.

راجع **المحكمة العليا**، غ.ع، 2000/09/27، ملف رقم 201854، إ.ق.غ.ع، ج1، ص 274؛ غ.أ.ش، 1998/04/21، ملف رقم 188189، م.ق، 2000، العدد1، ص 174؛ 1986/06/02، ملف رقم 41996، م.ق، 1989، العدد2، ص 78؛ 1993/10/26، ملف رقم 174703، مذكور سابقا.

[4] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2002/07/17، ملف رقم 233109، إ.ق.غ.ع، 2010، عدد خاص، 2010، ج3، ص 317.

بالمزاد بالطريقة المبينة في قانون الإجراءات المدنية، وتقتصر المزايدة على الشركاء وحدهم إذا طلبوا ذلك".

وعلى ذلك، **إذا كانت القسمة العينية غير ممكنة ماديا**، بأن كان المال المشاع لا يقبل القسمة عينا مثلا (كمصنع متكامل مثلا، أو كشقة سكنية، أو كسيارة، أو حصان، أو آلة غير قابلة للقسمة المادية العينية...)، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال الشائع المراد قسمته بين الشركاء المشتاعين؛ أو كانت الملكية المشاعة أرضا زراعية صغيرة جدا وتجزئتها أو تفتيتها إلى أجزاء أصغر يعد حقيقة تفويتا للمنفعة منها، ويحدث نقصا كبيرا في قيمتها؛ **ففي مثل هذه الحالات وغيرها تتم القسمة عن طريق التصفية**، وفقا لأحكام المادة 728 من ق.م؛ أي من خلال **بيع المال الشائع بالمزاد العلني** بالطريقة التي يراها الشركاء، ووفقا للإجراءات القانونية المبينة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ويجوز أن تقتصر المزايدة على الشركاء إذا طلبوا هذا بالإجماع (Les enchères sont limitées aux seuls co-indivisaires s'ils sont unanimes à le demander)، ويقسم الثمن على الشركاء كل بقدر نصيبه في هذا المال الشائع لإزالة الشيوع نهائيا.[1] ولا يشترط ههنا، إجماع الشركاء في الشيوع على البيع بالمزاد العلني، في حالة المزايدة بحضور العامة.[2]

غير أنه لا يجوز للقضاء أن يأمر ببيع الملكية الشائعة المتنازع عليها بالمزاد العلني، إذا طالب الشركاء في أغلبيتهم بقسمتها عينا وتفادي بيعها،

---

[1] - الأصل في البيع بالمزاد العلني (وهو من البيوع القضائية الجبرية)، يكون في حالة ما إذا تعذرت القسمة العينية؛ بان يتقدم اليه أي شخص (من الشركاء أو غيرهم)، غير انه يجوز للشركاء على الشيوع قصر المزايدة عليهم إذا طلبوا هذا بالإجماع وفقا لأحكام المادة 728 من ق.م.
أنظر **المحكمة العليا**، غ.ع، 2011/04/14، ملف رقم 653261، م.م.ع، 2012، العدد1، ص 171؛ 2001/03/14، ملف رقم 242694، م.ق، 2002، العدد1، ص 152؛ 1998/03/14، ملف رقم 151301، م.ق، 1998، العدد2، ص 28؛ 1998/03/25، ملف رقم 151301، م.ق، 1998، العدد2، ص 28؛ 1987/05/06، ملف رقم 40139، م.ق، 1992، العدد1، ص 4؛ 1986/06/02، ملف رقم 41996، م.ق، 1989، العدد2، ص 78؛ 1984/11/05، ملف رقم 33797، م.ق، 1989، العدد3، ص 71؛ غ.أ.ش، 1993/10/26، ملف رقم 94089، م.ق، 1994، العدد1، ص 79.

[2] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2006/01/18، ملف رقم 332775؛ غير منشور.

بجعل للتقسيم عدة حلول، وإجراء عملية تعويض بالتراضي بين أطراف النزاع ؛ لعدم الإضرار بهم وعدم حرمانهم من المال المشاع دون موجب.[1]

وعلى كل، **إذا تعذرت قسمة الشيء المشاع عينا**، بطريق الخبرة التي تثبت أنه **لا يقبل** حقيقة القسمة، **أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة** المال المملوك على الشيوع المراد قسمته، **جاز للمحكمة أن تقضي ببيع المال المشاع المتازع عليه بالمزاد العلني، في حالة ما إذا تعذرت قسمة المال الشائع عينا** ؛ وعلى قضاة الموضوع أن يبرروا في صلب حكمهم مسببات إختيارهم لهذا الحل، ويبينوا العناصر المعتمدة في ذلك (م 724 إلى 728 من ق.م).[2] فإذا إذا تعذر أن يأخذ أحد الشركاء كامل نصيبه عينا، عوض بمقابل عما نقصه من نصيبه (المواد 722 و724 و725 و2/728 من ق.م).[3]

وفي هذا حكمت المحكمة العليا في قرار مشهور لها بأنه : **مادام ثابتا في قضية الحال، أن العقار المشترك قابل للقسمة**، دون أن يترتب عنها إنخفاض في قيمته، فإنه **يكون تمسك الطاعن ببيع العقار بالمزاد العلني غير صائب** ؛ لأن المادة 728 من ق.م تشترط بيع العقار بالمزاد العلني أن تكون القسمة مستحيلة وينجر عنها إنخفاض كبير في قيمة المال المراد قسمته.[4]

والقسمة بالتصفية قد تكون أيضا ببيع أحد الشركاء حصته لشريك آخر، كأن يكون المال الشائع أرضا مملوكه على الشيوع لشخصين على الشيوع، فيبيع أحدهما حصته للشريك الآخر.

---

[1] - **المحكمة العليا**، غ.م، 1987/12/07، ملف رقم 46589، م.ق، 1990، العدد4، ص 54 ؛ 1998/03/25، ملف رقم 151301، م.ق، 1998، العدد2، ص 28.

[2] - " من المقرر قانونا وفقا للمادة 728 من ق.م، أنه: إذا تعذرت القسمة عينا، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته، بيع هذا المال بالمزاد العلني، وتقتصر المزايدة على الشركاء وحدهم إذا طلبوا ذلك بالإجماع ؛ كما أنه إذا تعذر أن يأخذ أحد الشركاء كامل نصيبه عينا، عوض بمقابل عما نقصه من نصيبه."

راجع **المحكمة العليا**، غ.ع، 2013/12/12، ملف رقم 821985، م.م.ع، 2014، عدد 1، ص 356 ؛ غ.م، 1998/11/05، ملف رقم 33787، م.ق، 1989، العدد3، ص 71 ؛ 1998/03/25، ملف رقم 151301، م.ق، 1998، العدد2، ص 28 ؛ 1993/10/26، ملف رقم 94089، م.ق، 1994، العدد1، ص 79 ؛ 1987/12/07، ملف رقم 46589، م.ق، 1990، العدد4، ص 54 ؛ 1987/05/06، ملف رقم 40139، العدد1، ص 4 ؛ 1986/06/02، ملف رقم 41996، م.ق، 1989، العدد2، ص 78 ؛ 1984/11/05، ملف رقم 33797، م.ق، 1989، العدد3، ص 71.

[3] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2006/01/18، ملف رقم 331235، م.م.ع، 2006، عدد 1، ص 407 ؛ 1998/03/25، ملف رقم 151301، م.ق، 1998، عدد2، ص28.

[4] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2000/09/27، ملف رقم 201854، إق.غ.ع، 2004، عدد خاص، ج1، ص274.

ونلاحظ في هذا الخصوص، أنه إذا رسا المزاد على أحد الشركاء المشتاعين أخذت التصفية حكم القسمة، وأما إذا رسا على أجنبي اعتبرت بيعا في القانون المدني الجزائري، فتصبح أحكام البيع هي الواجبة التطبيق ؛ فيسلم المال المشاع المبيع إلى المشتري الذي رسا عليه المزاد خاليا من أي حق للشركاء السابقين، ويوزع الثمن المتحصل عليه على الشركاء المشتاعين وأصحاب الحقوق. فإذا المبيع عقارا، فلا يمكن لأحد الشركاء البقاء فيه بحجة أنه مستأجر له، ما لم يكن لديه عقد مكتوب ثابت التاريخ.[1]

ثانيا : آثار القسمة :

يترتب على القسمة في القانون المدني الجزائري، إفراز نصيب كل شريك، وتحول ملكيته من ملكية شائعة إلى ملكية مفرزة، على وجه الإستقلال للحصة التي آلت إليه من وقت القسمة (م 714 و730 و890 من ق.م) ؛ كما يترتب عنها ضمان التعرض واستحقاق المال المقسوم أو جزء منه (م 2/372 و731 و732 من ق.م) ؛ وذلك على النحو التالي :

أ- أثر القسمة في إفراز الملكية :

يترتب على قسمة المال الشائع، سواء كانت القسمة إتفاقية أم قضائية، وسواء تمت بالقسمة العينية أم بطريق التصفية، تعيين حصص الشركاء وتحديدها، بتشكيل الحصص الخاصة بكل واحد منهم نتيجة القسمة ؛ بأن يختص كل شريك على الشيوع بالجزء المفرز الذي آل إليه من هذا المال الشائع، بما يعادل حصته فيه ؛[2] وهذا هو ما يسمى قانونا ب **الأثر الكاشف** للقسمة، ذلك أن القسمة تكشف عن حق ملكية الشريك القائم أصلا، بتحول ملكية الشريك على الشيوع من ملكية شائعة مختلطة إلى ملكية فردية مفرزة محددة.[3] ومن ثم، فإن القسمة لا تنشأ للشريك المتقاسم حقا جديدا لم يكن له، بل إن الحق الذي كان له أصلا أثناء الشيوع، هو الذي آل إليه بالقسمة الحاصلة[4].

---

[1] - د. عبد المنعم البدراوي، الحقوق العينية الأصلية، ص 190.

[2] - المحكمة العليا، غ.م، 1990/12/17، ملف رقم 65223، م.ق، 1991، العدد4، ص 71.

[3] - أ. أحمد خالدي، القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، ص 197 وما بعدها.

[4] - تمييز مدني اردني، 1987/11/30، ملف رقم 87/883، م.ن.م، 1990، ص 955.

وهو ما كرسه القانون المدني الجزائري من خلال إبراز الأثر الرجعي للقسمة، وإن كان قد أغفل التركيز على أثرها الكاشف، وذلك لأن القسمة يترتب عنها محو حالة الشيوع السابقة ؛ فهي ترجع بملكية الشريك على الشيوع لنصيبه المفرز إلى الوقت الذي بدأ فيه الشيوع، أي منذ قيام حالة الشيوع، ولا تقف عند الوقت الذي تمت فيه القسمة.[1]

فقد نصت المادة 730 من ق.م صراحة، على أنه : "يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أصبح مالكا في الشيوع، وأنه لم يكن مالكا على الإطلاق لباقي الحصص الأخرى". كما أشارت المادة 1/890 من ق.م على أنه : "يبقى نافذا الرهن الصادر من المالكين لعقار شائع، أيا كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته".

وعلى هذا، يعتبر المتقاسم بعد إجراء القسمة مالكا للحصة المفرزة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوع ؛ وأنه لم يملك غيرها شيئا في بقية الحصص الأخرى. كما يترتب على ذلك، أن التصرف الذي أجراه الشريك على ما وقع في حصته، يكون تصرفا صحيحا فيما يملك قبل إجراء القسمة، عن طريق فكرة الحلول العيني ؛ رغم وقوع المحل الوارد عليه التصرف بالقسمة في نصيب شريك آخر غير المتصرف.[2] فإذا أجر الشريك مثلا القطعة الأرضية الزراعية التي وقعت في حصته التي آلت إليه، فإنه يكون قد أجر ما يملكه منذ بداية الشيوع بين الشركاء.

والحقيقة ههنا أن فكرة الأثر الرجعي للقسمة التي أخذ بها المشرع الجزائري، هي محض إفتراض مخالف للواقع، كما أنها تثير عدة إشكليات أثناء تطبيقها، لأن الشريك المتقاسم لم يكن مالكا للجزء

---

[1]- ذلك أنه يعتبر الشريك المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن أصبح مالكا في الشيوع، أي منذ وقت بدء الشيوع، لأن الشريك كان مالكا من بداية الشيوع ؛ فان القسمة لم تنقل إلى المتقاسم حقا جديدا، ولكنها تكشف عن حق مقرر له من قبل ؛ وهو ما يعبر عنه الفقهاء بالاثر الكاشف للقسمة. أنظر د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج8، ص 952 ؛ د. عبد المنعم فرج الصدة، ، الحقوق العينية الأصلية، ص 225 ؛ د. عبد المنعم البدراوي، الحقوق العينية الأصلية، ص 191 ؛ د. محمد لبيب شنب، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ط2، 1999، ص 312؛

[2]- أ.احمد خالدي، المرجع المذكور، ص 224 وما بعدها.

المفرز الذي آل إليه إلا من وقت إجراء القسمة ؛ أما قبل القسمة فقد كانت حصة الشريك شائعة غير مفرزة في كل المال الشائع في الفترة التي تقع بين نشأة الشيوع وإنقضائه بالقسمة.[1]

وعلى كل، إذا وردت القسمة على عقار، كما أسلفنا، فإنه يجب **تسجيلها في مصلحة السجل العقاري، وشهرها لدى المحافظة العقارية،** للإحتجاج بها على الغير، بما فيهم الشركاء المتقاسمين ؛[2] فإنه لا يمكن إثبات القسمة الودية المنصبة على نقل ملكية عقار أو حقوق عينية عقارية إلا بموجب عقد رسمي ؛ ذلك أن القسمة الودية للعقار التي لم تفرغ في الشكل الرسمي الذي يتطلبه القانون، ولم تمر عليها فترة 15 سنة من يوم وقوعها تكون قسمة غير نهائية ؛ يجوز التراجع عنها والمطالبة بقسمة قضائية نهائية.[3]

وهذا طبقا لنص المادة 324 مكررا من ق.م الذي يقضي بأن : جميع التصرفات والعقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عينية، يجب أن تحرر في شكل رسمي أمام الموثق.[4] **فإن القسمة العقارية وفقا لقانون الشهر العقاري الجزائري يجب أن تقيد في مجموعة البطاقات العقارية،** لكي تنتج آثارها القانونية، سواء فيما بين الشركاء المتقاسمين أو بالنسبة للغير (م 15 و16 من الأمر رقم 75/74 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري).

---

[1] - ومن ثم، لم يأخذ فقهاء الفقه الإسلامي بفكرة الأثر الرجعي للقسمة، وذكروا بأن القسمة تنطوي على عملية إفراز نصيب كل شريك، وهي في نفس الوقت تقوم على مبادلة الحصص المملوكة بين الشركاء بعضهما ببعض من تاريخ إجراء القسمة ؛ إذ بمقتضاها يفرز كل واحد من الشركاء نصيبه، ويبادل شريكه بما كان له من حق شائع في نصيبه.

أنظر **الكاساني**، بدائع الصنائع، ج9، ص 143 ؛ المادة 1920 و1921 من **مجلة الأحكام العدلية** ؛ **المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي**، ص 842.

[2] - **د. ويس فتحي**، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، ص 471 وما بعدها.

[3] - "من المقرر قانونا، أنه لا يمكن إثبات القسمة الودية المنصبة على نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية، إلا بموجب عقد رسمي."

المحكمة العليا، غ.ع، 2008/07/16، ملف رقم 462587، م.ق، 2008، العدد2، ص 261 ؛ 2008/04/23، ملف رقم 448919، م.ق، 2008، العدد1، ص 227 ؛ 2007/09/12، ملف رقم 414655، م.م.ع، 2008، العدد1، ص 211 ؛ 2002/04/24، ملف رقم 229161، المشار إليه ؛ 2000/05/17، ملف رقم 224884، م.ق، 2001، ص 129.

[4] - غير عدم توفر العقار المشاع محل التركة على وثائق رسمية طبقا للمادة 324 مكررا1 من ق.م، لا يحول قانونا دون قسمة العقارات التي خلفها المورث بين الورثة الشرعيين وفقا للماد 724 من ق.م. **المحكمة العليا**، غ.أ.ش، 2010/09/16، م.م.ع، 2010، العدد2، ص 259.

وتعد الشهادة التوثيقية المصادق عليها بحكم قضائي، وإن كانت عقدا تقريريا أو تصريحيا، سندا قانونيا ناقلا لملكية الأملاك العقارية للورثة الشرعيين عند إستيفائها لإجراءات الشهر، وهذا سواء في الشيوع أو بالحصة المفرزة التي تعود لكل واحد منهم عندما يكون ذلك مبين بها (م 39 و91 من المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتضمن تأسيس السجل العقاري، المعدل والمتمم بالمرسوم رقم 132/93 المؤرخ في 1993/05/19).[1]

ب- ضمان التعرض والإستحقاق :

كما يترتب على القسمة ضمان التعرض والإستحقاق الكلي للمال الشائع المقسوم، بأن يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع لأحدهم من الغير من تعرض أو إستحقاق في شأن نصيبه، لسبب سابق على القسمة ؛ وهو أن يكون المال المقسوم مملوكا للشركاء عند إجرائها. فيكون كل واحد منهم ملزما بنسبة حصته، وضمان ما يتعرض إليه أحدهم من ضياع حقه، بالتعويض له على أساس قيمة الشيء وقت القسمة (م 731 و732 من ق.م). وذلك أن القسمة تكشف عن حق ملكية قائم أصلا وليست ناقلة له كما رأينا، مما يستوجب المساواة فيما بين المتقاسمين، وحماية ما يفرز لكل واحد منهم ؛ فإذا وقع لأحدهم تعرض أو إستحقاق وجب الضمان بسبب سابق على القسمة.

فإذا تمت القسمة بين الشركاء، وظهر بعد إجرائها إستحقاق كلي للمال الشائع المقسوم أو جزء شائع فيه، ولم ينجح المتقاسمون في دفع التعرض بطلت القسمة من الناحية القانونية ؛ كأن يظهر وارث أو موصى له بعد إجراء القسمة، فيتعين عندئذ إعادة القسمة فيما بقي من المال الشائع.[2] وأما إذا استحق جزء معين في أحد الأنصبة، أي في الجزء المفرز الذي آل إليه نتيجة القسمة فلا تبطل هذه الأخيرة، وإنما يرجع من استحق جزء من نصيبه على الباقين كل بحسب نصيبه، بقدر ما تتعادل به القسمة.[3]

---

[1] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2004/09/22، ملف رقم 267615 م.م.ع، 2007، العدد1، ص 407.

[2] - **نقض مدني إماراتي**، 2000/05/28، طعن رقم 20/229، مجموعة الأحكام المدنية والتجارية، 33، ج2، ص 902

[3] - **د. عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط، ج8، ص 972 ؛ **د. عبد المنعم فرج الصدة**، ، الحقوق العينية الأصلية، ص 241.

وجدير بالتنويه، أنه لدائني كل شريك حق الإعتراض على أن تتم القسمة عينا، أو أن يباع المال الشائع بالمزاد بغير تدخلهم وبدون حضورهم، وذلك بإعذار رسمي يبلغ لجميع الشركاء على الشيوع إذا كانت رضائية، أو بالتدخل أمام المحكمة المختصة التي تفصل في النزاع إذا كانت قضائية. ويترتب على ذلك ضرورة إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم في الإجراءات، وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقهم ؛ **غير أنه إذا تمت القسمة، فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا في دعوى القسمة القضائية أن يطعنوا فيها إلا في حالة الغش** (م 729 من ق.م).

ومن المعلوم بأن قسمة **الشيوع الناجم عن الملكية العقارية الاستخلافية** (وهى الملكية بطريق الإرث أو الوصية)، تخضع قانونا للأحكام الشرعية التي تنظم قسمة التركات والمواريث والوصايا، المنصوص عليها في القانون رقم 11/84 المؤرخ في 1984/02/09 المتضمن قانون الأسرة، المعدل بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 (م 126 إلى 201 من ق.أ).[1]

[1] - راجع لاحقا الملكية الإستخلافية بالميراث أو الوصية ضمن أسباب كسب الملكية.

المبحث الثالث

الصور الخاصة للملكية الشائعة

إلى جانب الملكية الشائعة التي عرضنا لأحكامها العامة فيما سبق، نظم القانون المدني الجزائري بعض أنواع الشيوع الخاص أو الإجباري، وهي في الحقيقة صور خاصة من الملكية الشائعة العامة ؛ ومن خلالها سنوضح مفهوم الشيوع الإجباري، وطبيعة حق الشريك، وكذا حقوق والتزامات الشركاء في مثل هذا النوع من الشيوع.

إن حق الشريك في الشيوع الإجباري هو حق ملكية على الشيوع، حيث يكون المال مشاعا بصفة دائمة بسبب الغرض الذي خصص له المال المشاع الذي يبقى دائما على الشيوع، مخصصا للاستعمال المشترك لجميع الملاك الشركاء بنص القانون[1] ؛ فيكون له حقوق المالك على كل المال الشائع وعليه واجبات قانونية.[2] **فلا يقبل من أي من الشركاء طلب قسمة الأجزاء المشتركة المملوكة ملكية شائعة**، وذلك لأن الغرض الذي خصصت له يجب أن يبقى دائما على الشيوع[3].

ومن تطبيقات الشيوع الإجباري أو الجبري في القانون المدني الجزائري نذكر على الخصوص : الملكية المشتركة في العقارات المبنية، وهي ما يعرف بـ "ملكية الطبقات والشقق" (م 743 إلى 772 من ق.م)، **والحائط المشترط** (م 703 إلى 708 من ق.م)، وكذا **الطريق الخاص المشترك غير النافذ** (م 1 و693 وما بعدها من ق.م) ؛[4] وهو ما سنعالجه في المطالب الثلاثة الآتية :

---

[1] - لأنها وجدت أصلا لتبقى على الشيوع بشكل دائم، فهي تكفل الإنتفاع بالأجزاء المشتركة، وتيسير إستغلالها في الوحدات العقارية المشاعة على أكمل وجه.

[2] - د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج8، ص 98 ؛ د. إسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، ج1، فقرة 144 ؛ د. محمد سوار، حق الملكية في ذاته، ص 182 و183 ؛ د. محمد قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية، ص 176 وما بعدها ؛ د. علي العبيدي، الحقوق العينية، ص 86 و87.

[3] - المادة 747 من ق.م.

[4] - عالجت بعض التشريعات المدنية العربية المقارنة، أحكام الحائط المشترك والطريق الخاص، ضمن الحقوق المجردة، على أساس أنها إرتفاقات مقررة على عقار لمنفعة عقار مملوك لآخر (م 1271 مدني أردني مثلا).

المطلب الأول : الملكية المشتركة في العقارات المبنية.

المطلب الثاني : الحائط المشترك.

المطلب الثالث : الطريق الخاص المشترك.

المطلب الأول

الملكية المشتركة في العقارات المبنية

(La Copropriété des immeubles bâtis)

1- التعريف بملكية الطبقات والشقق :

نصت المادة 743 من ق.م على أن : "الملكية المشتركة هي الحالة التي يكون عليها العقار المبني أو مجموعة العقارات المبنية، التي تكون ملكيتها مقسمة حصصا بين عدة أشخاص، تشتمل كل واحدة منها على جزء خاص ونصيب في الأجزاء المشتركة".

فالمقصود **بالملكية المشتركة في العقارات المبنية**، وفقا للمادة 743 من ق.م، هي **ملكية الطبقات والشقق**، أي ملكية العمائر والأبراج، المقسمة إلى طبقات أو شقق، إذا تعدد الملاك فيها ؛ بحيث يختص كل واحد منهم بطبقة من طبقات المبنى، أو شقة من الشقق التي يتكون منها هذا البناء السكني المشترك. فتكون ملكيتها بذلك مقسمة حصصا بين عدد من الملاك، تشتمل كل واحدة منها على جزء خاص، ونصيب في الأجزاء المشتركة المعدة للإستعمال المشترك (Usage Collectif)، التي يملكها على الشيوع جميع الملاك المشتركين في العمارة المبنية متعددة الطبقات.

وقد تطرق فقهاء الشريعة الإسلامية منذ خمسة عشرة قرنا لما يسمى بـ "**ملكية السفل والعلو**"، وهي تقترب من **ملكية الطبقات والشقق**، إذا **كانت الدار بين شريكين لكل منهما طبقة فيها** ؛ فيكون لصاحب الطبقة العليا حق التعلي على الطبقة السفلى، والإنتفاع بسقوفها، وألا يزيد في تحميل السفل فوق طاقته، وأن يتحمل تكاليف صيانة الطبقة العليا ؛ وعلى صاحب السفل توقي الخطر على صاحب العلو، ومنع سقوطه وترميم

السفل عند إنهدام البناء.[1] وهذا قبل صدور القانون الفرنسي المشهور الصادر بتاريخ 1938/06/28 الذي جاء لتنظيم الملكية المشتركة في العقارات المبنية (La Copropriété des immeubles bâtis).

وتعتبر ملكية الطبقات والشقق صورة من صور الشيوع الإجباري أو الجبري أو الإلزامي بنص القانون،[2] وهو الشيوع الذي لا يجوز لأي من الشركاء المالكين طلب القسمة فيه، للمحافظة على الغرض الذي أعد له المال الشائع (م 747 من ق.م)، والأجزاء الشائعة شيوعا إجباريا في ملكية الطوابق والشقق، هي الأجزاء المشتركة بطبيعتها، المعدة للاستخدام والإستعمال العام المشترك بين كافة الشركاء.

في حين أن طلب القسمة هو حق ثابت لكل شريك في الشيوع العادي كما رأينا سابقا (م 1/722 من ق.م). **إذ أنه ليس للشركاء في مال عقاري شائع أن يطلبوا قسمته**، إذا تبين من الغرض الذي خصص لهذا المال المشاع، أنه يجب أن يبقى على الشيوع بشكل دائم.

2- النظام التشريعي لملكية الطبقات :

يقوم البناء في الملكية المشتركة في العقارات المبنية، أي ملكية الطبقات والشقق، على أساس تقسيم البناء المشترك إلى **أجزاء مفرزة مستقلة**، وهى الأجزاء المملوكة ملكية مفرزة، خالصة لمالك معين يملك طبقة من طبقات هذا المبنى، أو مسكن من المساكن المتعددة التي يتكون

---

1 - **د. بلحاج العربي**، الوجيز في الحقوق العينية في ضوء الفقه الإسلامي، المرجع المذكور، ص 104 وما بعدها ؛ النظريات العامة في الفقه الإسلامي، المرجع المذكور، فقرة 152 وما بعدها ؛ **د. بدران أبو العينين**، الملكية والعقود، ص 349 ؛ **ماجد المشوح**، أحكام ملكية الوحدات العقارية، رسالة ماجستير، المعهد العالي للقضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود، الرياض، السعودية، 1425هـ، ص 20 وما بعدها. راجع لاحقا إلتزامات ملكية السفل والعلو.

2 - فالشيوع الجبري القانوني في الأجزاء المشتركة في ملكية الطبقات والشقق، هو شيوع إجباري دائم بنص القانون طالما البناء قائما بطبقاته وشققه المختلفة ؛ بخلاف الشيوع الإجباري الإتفاقي الذي يتم بإتفاق أطراف معينين، على عدم قسمة مال شائع لمدة متفق عليها، كما رأينا فيما سبق في ملكية الأسرة. انظرلتفصيل ذلك: **د.مراد حيدر**، ملكية الطوابق والشقق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2010، ص 146 وما بعدها ؛ **د. عفيف شمس الدين**، ملكية الشقق والطوابق، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص 18 وما يليها ؛ **أ. يوسف دلاندة**، الوجيز في الملكية العقارية الخاصة الشائعة، المرجع المذور، ص 67 وما بعدها.

منها، يختص بها بما تشمله من جدران وأرضية وسقف ؛[1] **وأجزاء مشتركة شائعة شيوعا إجباريا بنص القانون**، وهي ملكية جماعية مشتركة شائعة مخصصة للاستعمال المشترك فيما بين كافة الشركاء على الشيوع في العمارة.[2] وهذه الأجزاء المشتركة في العقار لا تقبل القسمة على الملاك، فلا يجوز للمالك أن يتصرف في حصة منها مستقلة عن الجزء الذي يملكه مفرزا، ويشمل التصرف في الجزء المفرز حصة المتصرف في الأجزاء المشتركة التي لا يمكن قسمتها (م 745 و747 من ق.م).[3]

فإذا اشترك شخصان فأكثر في تشييد بناء متعدد الطبقات، للإستعمال السكني أو التجاري أو الحرفي أو المهني، اعتبروا جميعا شركاء في ملكيته أرضا وبناءا، ملكية شائعة في كل طبقاته ووحداته العقارية وملاحقه وأجزائه، كل بنسبة مساهمته في رأس المال والمصروفات والتكاليف، ما لم يكن في العقد إتفاق بخلاف ذلك.

والمعيار هنا يقوم على التمييز بين **الاستعمال الخاص بالشريك في ملكيته المفرزة، والاستعمال المشترك بين جميع الشركاء للأجزاء الشائعة في العقارات المبنية** ؛[4] وهو ما استند عليه وبكل وضوح القانون المدني الجزائري (المواد من 743 إلى 772 من ق.م المعدلة بالقانون رقم 01/83 المؤرخ في 1983/01/29، وكذا أحكام القانون رقم 04/11 المؤرخ في 2011/02/17 الذي يتضمن تنظيم نشاط الترقية العقارية) ؛[5] وهو ما سنعالجه فيما يلي :

---

[1]- وهذا لا يمنع من امتلاك شخص واحد عدة طبقات أو عدة شقق في المبنى.

[2]- الأجزاء المشتركة هي تلك المخصصة للاستعمال المشترك بين كافة الملاك في العمارة.

[3]- المحكمة العليا، غ.ع، 2009/11/12، ملف رقم 559709، م.م.ع، 2009، عدد2، ص 257؛ 2008/11/12، ملف رقم 488219، إ.ق.غ.ع، م.م.ع، عدد خاص، 2010، ج3، ص 301 ؛ 2007/11/14، ملف رقم 423458، م.م.ع، 2008، عدد2، ص 253 ؛ 1993/10/06، ملف رقم 103641، منشور في الإجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني، ص 253 ؛ 1991/07/10، ملف رقم 76988، م.ق، 1992، العدد3، ص 35.

[4]- أ. يوسف دلاندة، الوجيز في الملكية العقارية الخاصة الشائعة، المرجع المذور، ص 67 وما بعدها.

[5]- راجع القانون رقم 04/11 المؤرخ في 2011/02/17 الذي ينظم نشاط الترقية العقارية ؛ والمرسوم التنفيذي رقم 99/14 المؤرخ في 2014/03/04 الذي يحدد نموذج نظام الملكية المشتركة المطبق في مجال الترقية العقارية، وأصناف الأجزاء المشتركة في العقارات المبنية ؛ وكذا المرسوم التنفيذي رقم 03/93 المؤرخ في 1993/03/01 المتعلق بالنشاط العقاري.

أ- الأجزاء المفرزة (الملكية المفرزة) :

وهي الملكية المفرزة (Les parties privatives) وفقا لأحكام المادة 1/744 من ق.م، المخصصة لطبقة من طبقات المبنى، أو لشقة من الشقق التي يتكون منها البناء المشترك ؛ أي بمعنى الوحدة العقارية من الطوابق والسكنات المستقلة الخاصة بكل شريك مالك، والمعدة لاستعماله الشخصي والخاص به لوحده، دون مشاركة باقي الشركاء في الملكية الشائعة ؛ وهي مملوكة ملكية خالصة لمالك الطبقة أو الشقة.

ويجوز للشخص الواحد أن يملك عدة طبقات، أو عدة شقق في المبنى المشترك الواحد، طالما كانت باقي الطبقات أو الشقق الأخرى مملوكة لأشخاص آخرين.

أولا : تحديد الأجزاء المفرزة

فالملكية المفرزة طبقا لأحكام المادة 1/744 من ق.م، هي الأجزاء الخاصة في العقارات المبنية المملوكة بالتقسيم لكل واحد من الملاك الشركاء في المبنى، وهي تتحدد بالجزء الخاص بالمالك والمعد لإستعماله الشخصي الخاص وحده، دون مشاركة من باقي الشركاء الآخرين، ويشمل ذلك الطبقة أو الشقة أو الدكان أو المرآب (القراج) في العقارات المبنية المشتركة.

وتشمل الأجزاء المفرزة، وفقا لمقتضيات المادة 744 من ق.م بوجه خاص : الأسقف والحيطان والأرضية، والجدران الفاصلة بين الحجرات، بإستثناء الجدران الأساسية في البناء، والحواجز الداخلية والأبواب والنوافذ والشبابيك والشرفات، والأدوات الصحية وأدوات المطبخ الداخلية الخاصة بالطبقة أو الشقة، وتركيبات وتمديدات جميع الأجهزة الداخلية من أنابيب المياه، وتوصيلات الهاتف والكهرباء والغاز والتدفئة، والمداخن والخزائن بما في فيها الخزائن المموهة ؛ وغيرها مما لا يعد من الأجزاء المشتركة.

فإن هيكل البناء مثلا، من الجدران الرئيسية أو الأساسية في البناء والحيطان الفاصلة بين الشقق للشركاء المتجاورين، وكذا الأعمدة الحاملة للبناء، والأرضية والسقف والسلم، فهي تعد من الأجزاء المشتركة

المملوكة على الشيوع بين كافة الملاك في البناء، لأنها معدة للاستعمال المشترك بين الجميع (م 745 من ق.م).[1]

ثانيا : حقوق المالك والتزاماته بالنسبة للأجزاء المفرزة

من حقوق المالك والتزاماته بالنسبة للأجزاء المفرزة الخاصة نذكر ما يلي :

أ- لمالك الطبقة أو الشقة المفرزة كافة حقوق المالك، من استعمال واستغلال الطبقة أو الشقة والانتفاع بها، **بشرط عدم الإضرار بحقوق سائر الشركاء الآخرين، وعدم الإضرار بما أعد له العقار** (م 674 و675 و714 و749 من ق.م) ؛ ويعد مالكا للشقة المفرزة، وفقا لسند الملكية المطابق لحدودها المعينة وأوصافها وشكلها.

وفي هذا نصت المادة 749 من ق.م صراحة على أنه :" لكل شريك في الملكية الحق في أن يتمتع بالأجزاء الخاصة التابعة لحصته، كما له أن يستعمل وينتفع بحرية بالأجزاء الخاصة والمشتركة، بشرط أن لا يمس بحقوق الشركاء الآخرين في الملكية أو يلحق ضررا بما أعد له العقار."

ومن ثم، ليس لأي مالك للوحدة العقارية المفرزة أو الشاغل لها، التخلي عن حصته في الأجزاء المشتركة، بغية التهرب من الاشتراك في مصاريف وتكاليف حفظها أو صيانتها أو ترميمها، والإمتناع عن دفع التكاليف المستحقة (م 750 و750 مكررا1 و754 من ق.م المعدلة بالقانون رقم 01/83 المؤرخ في 1983/01/29).

ب- له أن يجري ما يراه من الترميمات الضرورية، من التعديلات أو التحسينات، كإزالة بعض الفواصل بين الحجرات لتوسعتها، والقيام الأعمال المادية المرتبطة بالحفظ والصيانة والترميم داخل وحدته العقارية المفرزة، بشرط ألا يترتب على ذلك تهديدا لسلامة البناء المشترك (م 756

---

[1] - راجع في هذا قرارات المحكمة العليا المشهورة، غ.ع، 2009/11/12، ملف رقم 559709، م.م.ع، 2009، عدد2، ص 257؛ 2008/11/12، ملف رقم 488219، إ.ق.غ.ع، م.م.ع، عدد خاص، 2010، ج3، ص 301 ؛ 2007/11/14، ملف رقم 423458، م.م.ع، 2008، عدد2، ص 253 ؛ 1993/10/06، ملف رقم 103641، منشور في الإجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني، ص 253 ؛ 1991/07/10، ملف رقم 76988، م.ق، 1992، العدد3، ص 35.

من ق.م المعدلة بالقانون رقم 01/83 المؤرخ في 1983/01/29) ؛ وعلى كل مالك للوحدة العقارية، صيانة حصته المستقلة وترميمها، لدفع الضرر عن الآخرين أو عن الأجزاء المشتركة المخصصة للنفع المشترك.

فلا يجوز قانونا لجمعية إدارة العقار المشترك، مهما كانت أغلبية الأصوات، أن تلزم أحد الشركاء في الملكية، بتغيير الأجزاء الخاصة بخلاف ما أعدت له ؛ أو تلزمه بتغيير كيفية الإنتفاه بها وفقا لما هو مقرر في نظام الملكية المشتركة (م 767 مكرر المضافة بالقانون رقم 01/83).

ج- له حق التصرف في الشقة المفرزة بجميع التصرفات الجائزة قانونا، بالبيع أو الهبة أو الرهن أو الإيجار...، بشرط عدم الإضرار بالشركاء الآخرين ؛[1] فإنه عند البيع قد يعطى للشريك الذي يملك سهما في شقة أو طابق في البناية حق الشفعة لشراء الأسهم الباقية.[2]

د- وترد على هذه الملكية المفرزة القيود التي ترد على الملكية، المقررة للصالح العام أو لمصلحة خاصة (م 690 من ق.م) ؛ كألا يهمل **إلتزامات العلو والسفل**، وعدم التعسف أو الغلو في استعمال ملكه، **ومراعاة إلتزامات الجوار**، وفقا للقانون والعرف وطبيعة العقار والغرض الذي خصصت له كل وحدة عقارية (م 691 من ق.م).

وهو ما أشار إليه المشرع الجزائري كقاعدة عامة في المادة الأولى/2 و690 و691 و749 المتعلقة **بإلتزامات الجوار بصفة عامة**، سواء كان بالتلاصق في الأملاك المتلاصقة، أو أفقيا في البناء المشترك متعدد الطوابق والشقق المختلفة.

ومما يترتب على ذلك **ألا يهمل المالك في ملكية الطوابق والشقق صيانة أرضية الشقة أو سقفها**، وعدم الإضرار بملاك الطبقات أو الشقق الأخرى ضررا غير مألوف، **والمحافظة على سلامة البناء المشترك** ؛ وذلك بتجنب ما يكون سببا لوهن البناء أو هدمه، أو يمنع المصالح الأصلية والمنافع المقصودة من البناء. فللشركاء الحق في طلب التعويض عما أصاب

1- د. **عفيف شمس الدين**، ملكية الشقق والطوابق، المرجع المذكور، ص 47 وما يليها.

2- د. **أحمد عبد العال ابو قرين**، النظام القانوني لملكية الشقق والطبقات وحقوق الملاك على أجزائها المفرزة والمشتركة، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، 2001، ص 120 وما بعدها.

أملاكهم أو البناء المشترك من أضرار من جراء أعمال مست بالبناء (م 756 من ق.م المعدلة بالقانون رقم 01/83 المؤرخ في 1983/01/29).

ب- الأجزاء المشتركة (الملكية الشائعة) :

وهي الملكية الشائعة بالنسبة لجميع أجزاء البناء المشتركة المعدة للاستعمال المشترك (Les parties communes)، والتي تثبت لملاك جميع الطوابق أو الشقق في البناء على الشيوع لكافة الملاك المشتركين ؛ **والشيوع بالنسبة لهذه الأجزاء المشتركة هو شيوع إجباري في القانون المدني** الجزائري (م 745 وما بعدها من ق.م)، **نظراً لتخصيصها لخدمة هيكل البناء وطبقاته على الدوام وهي معدة للإستعمال المشترك بين الجميع.**[1]

وعلى هذا، تعتبر أجزاء مشتركة بين الشركاء في العقارات المبنية أو غير المبنية، جميع الأجزاء التي تدخل في الملكية المشتركة التي يملكها على الشيوع كافة الملاك المشتركين بالنسبة لنصيب كل واحد منهم (Les parties communes sont les parties des bâtiments et du terrain, qui appartiennent indivisement à l'ensemble des co-propriétaires, chacun pour une quote-part afférent à chaque lot)؛[2] وتتناسب الحصة في الأجزاء المشتركة الخاصة لكل قسمة مع المساحة الإجمالية النافعة، بالنسبة للمساحة الإجمالية النافعة لمجموع القسمات التي تشكل الوحدة العقارية (م 746 من ق.م المعدلة بالقانون رقم 01/83). ولا يجوز قانونا أن تكون هذه الأجزاء المشتركة أو الحقوق التابعة لها المعدة للإستعمال المشترك، محلا لدعوى القسمة، أو بيعا بالمزاد العلني بمعزل عن الأجزاء الخاصة (م745 و747 و749 من ق.م).[3]

---

[1]- د. عفيف شمس الدين، المرجع نفسه، ص 47 وما يليها ؛ د.مراد حيدر، ملكية الطوابق والشقق، ص 235 وما بعدها.

[2]- المحكمة العليا، غ.م، 1990/05/09، ملف رقم 50937، م.ق، 1991، العدد2، ص 32.

[3]-المحكمة العليا، غ.ع، 2009/11/12، ملف رقم 559709، م.م.ع، 2009، عدد2، ص 257؛ 2008/11/12، ملف رقم 488219، إق.غ.ع، م.م.ع، عدد خاص، 2010، ج3، ص 301؛ 2007/11/14، ملف رقم 423458، م.م.ع، 2008، عدد2، ص 253 ؛ 1991/07/10، ملف رقم 76988، م.ق، 1992، العدد3، ص 35 ؛ 1990/05/09، ملف رقم 50937، م.ق، 1991، العدد2، ص32.

فالأصل في القانون أن تكون هذه الأجزاء مشتركة لجميع الملاك في البناء أو شققها المختلفة دون تمييز أو تفرقة (Les parties communes sont affectées à l'usage ou à l'utilité de tous les co-propriétaires)، ملكا جماعيا مشتركا مشاعا بينهم ما لم يتفقوا على خلاف ذلك ؛ وتكون حصة كل مالك في الأجزاء المشتركة بنسبة قيمة الجزء الذي يملكه مفرزا في العقار المشترك (م745/1 من ق.م).

وعلى ذلك، تتحدد حصة كل شريك في الأجزاء المشتركة على النحو الوارد في سندات الملكية، الخاصة بكل طبقة أو شقة في البناية : فإذا لم تحدد هذه السندات هذا النصيب، يقدر ذلك بنسبة الطبقة أو الشقة التي يملكها من حيث موقعها ومساحتها، أي بنسبة نصيبه في الدار أو البناية عملا بأحكام المادة 745/1 من ق.م.

أولا : تحديد الأجزاء المشتركة

أشارت المادة 745/2 من ق.م على سبيل المثال لا الحصر، إلى أنه يعد من الأجزاء المشتركة بين جميع الملاك بوجه خاص ما يلي :

1- الأرض المقام عليها البناء.

2- الأساسات والجدران الرئيسية التي تعد من هيكل البناء، كالأعمدة، والدعائم الحاملة للبناء.

3- الجدران الفاصلة المشتركة بين الشقق، وكذا الجدران المعدة للمداخل ولحمل السقف.

4- المداخل والأفنية والأسطح والممرات والسلالم والمعابر والأقبية والمصاعد وقواعد الأرضيات والمواقف ومساكن البوابين والإرتفاقات المشتركة والمحلات المستعملة للمصالح المشتركة.

5- جميع أنواع التمديدات المشتركة، ومجارى التهوية، والمداخن والمخازن، وتجهيزات الإنارة والمياه والهاتف والغاز والأنابيب التابعة لها والتي تمر على المحلات الخاصة.

6- الساحات والحدائق والبساتين والجنائن والماشي المعدة للإستعمال المشترك، وكذا المنشات المعدة للتسلية، وما شاكلها مما يعتبر من الأجزاء المشتركة.

7- كل جزء له هذا الوصف، مما يدخل في ملكية أجزاء البناء المعدة للإستعمال المشترك ملتصقة أو منفصلة، أو تقتضي طبيعة البناء أن يكون مشتركا بين الجميع ؛ ما لم يوجد في سندات الملك أو القانون الخاص ما يخالف ذلك.

وعلى العموم، فإن الأرض المقام عليها المبنى، وكذا أجزاء البناء المعدة للإنتفاع المشترك، مملوكة لجميع الطبقات والشقق ملكية شائعة بين جميع الملاك المشتركين شيوعا إجباريا دائما ؛[1] ولذلك لا يحق لأي شريك قسمة هذه الأجزاء المشتركة التي تعتبر من توابع الملكية المفرزة. ومن ثم، لا يجوز قانونا التصرف فيها بصفة مستقلة.[2]

ومن المعلوم أن أحكام القانون رقم **04/11 المؤرخ في 2011/02/17 الذي ينظم نشاط الترقية العقارية** ؛ وكذا المرسوم التنفيذي رقم 99/14 المؤرخ في 2014/03/04 الذي يحدد نموذج نظام الملكية المشتركة المطبق في مجال الترقية العقارية، وأصناف الأجزاء المشتركة في العقارات المبنية ؛ والمرسوم التنفيذي رقم 03/93 المؤرخ في 1993/03/01 المتعلق بالنشاط العقاري ؛ **قد قسمت الأجزاء المشتركة إلى ثلاثة أصناف رئيسة وهي :**

1- الأجزاء المشتركة المخصصة لإستعمال جميع الشركاء في الملك : كالأرض المشيد عليها البناء، والباحات والساحات والممرات، والتمديدات والتركيبات المؤدية إلى مجموع الشقق، ومساكن البوابين، وجميع المرافق ذات المصلحة العامة والإستعمال المشترك.

---

[1] - Voir Simler (Ph), Copropriété et propriété en volume, antinomie ou symbiose, Mél. P. Catala, Litec, 2001, 179 ; Savatier R, La propriété des volumes dans l'espace et la technique juridique des grands ensembles immobilièrs, D, 1976, Chr. 103.

[2] - المحكمة العليا، غ.ع، 2008/11/12، ملف رقم 488219، إ.ق.غ.ع، م.م.ع، عدد خاص، 2010، ج3، ص 301 ؛ أ. يوسف دلاندة، الوجيز في الملكية العقارية الخاصة الشائعة، المرجع المذور، ص 73. أنظر المحكمة العليا، غ.ع، 2009/11/12، ملف رقم 559709، م.م.ع، 2009، عدد2، ص 257؛ 2007/11/14، ملف رقم 423458، م.م.ع، 2008، عدد2، ص 253 ؛ 1993/10/06، ملف رقم 103641، منشور في الإجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني، ص 253 ؛ 1991/07/10، ملف رقم 76988، م.ق، 1992، العدد3، ص 35.

2- الأجزاء المشتركة المخصصة لإستعمال السكان في البناية : كالأعمدة والجدران الرئيسية الخارجية التي تحمل المبنى والداخلية لحمل الأرضيات ، مما يشكل هيكل البناء، والجدران الفاصلة المشتركة بين الشقق، والمدخل والأسطح، وممرات الدخول والقنوات والأنابيب والمداخن ومجاري التهوية، وجميع الإرتفاقات المشتركة بالبناية بين الجميع.

3- الأجزاء المشتركة من الصنف الثالث : كالمصاعد، والآلات الخاصة بها، وأقفاص المصاعد المتواجدة بالبناية.

ثانيا : حقوق الملاك وإلتزاماتهم بالنسبة للأجزاء المشتركة :

تعتبر الأجزاء المشتركة المعدة للاستعمال المشترك، مملوكة ملكية شائعة لجميع ملاك الطبقات أوالشقق (Droits et obligations des co-propriétaires)، **وهو شيوع إجباري دائم مقرر بنص النظام**، بالقدر الضروري الذي يتفق مع أحكام العلو والسفل.

فللشركاء أن يتقاسموا حصصهم الشائعة في البناء المشترك في الجزء الشائع بقدر الإمكان، **وتكون حصة كل مالك في الأجزاء المشتركة بنسبة قيمة الجزء الذي يملكه مفرزا في البناء المشترك،** ويشترك كل مالك في تكاليف حفظ وصيانة الأجزاء المشتركة وإدارتها وتجديدها (المواد 745 و746 و750 من ق.م المعدلة بالقانون رقم 01/83).

ولا يجوز قانونا لأي من ملاك الطبقات أو الشقق التصرف في الأجزاء المشتركة، أو في بعضها إستقلالا عن الطبقة أو الشقة التي يملكها ؛ كما أنه لا يجوز لأي من الشركاء طلب قسمة هذه الأجزاء المشتركة، لأنها مملوكة ملكية شائعة لجميع الطبقات أو الشقق شيوعا إجباريا (المواد 747 من ق.م).

ولا يثبت حق الشفعة لمالكي الطوابق والشقق إذا بيع عقار مجاور للبناية، غير أنه يثبت لمجموع مالكي البناء.[1] كما أنه لا يثبت لهم حق الأفضلية، إذا كان المبيع شقة، أو طابقا بأكمله أو جزءا مفرزا منه، لأن

[1] - د.احمد المومني، الشقق والطوابق، مطبعة التوفيق، عمان، الأردن، 1984، ص 182.

المبيع ليس حصة شائعة ؛[1] في حين يثبت **حق الأفضلية إذا كان المشتري مالكا لشقة أو طابق آخر في نفس البناية.**[2]

ويترتب على ذلك الأحكام القانونية التالية :

1-يجوز لكل مالك من ملاك الطبقات أو الشقق استعمال الأجزاء المشتركة في البناية والانتفاع بها بكل حرية، بشرط عدم إستعمالها في غير ما أعدت له، أي عدم إخراجها عن الغرض الذي أعدت له، وألا يمس بحقوق الشركاء الآخرين، أو يسبب ضررا لباقي الشركاء في البناية (م 745 و746 و749 من ق.م).[3]

فإن الأجزاء المشتركة في العقارات المبنية وغير المبنية المستعملة وفقا للمنفعة المشتركة المنصوص عليها في المادة 745 و746 من ق.م المعدلة بالقانون رقم 01/83، **تعد أجزاء مشتركة مملوكة على الشيوع لكافة الملاك المشتركين بالنسبة لنصيب كل واحد منهم ؛ فلا يجوز لأحدهم** إستغلالها فرديا، ومنع الآخرين من إستعمالها وفقا للمصالح المشتركة المعدة لها قانونا.

ومن ثم، فإن الإستحواذ بدون موجب على الأسطح، والمغسل المشترك، والمحلات المستعملة للمصالح المشتركة، وكذا ضم ساحة أو حديقة العمارة للإستعمال الخاص، لإحتكارها واستغلالها فرديا وبصفة شخصية، هي أمور تخالف نصوص القانون الذي جعلها معدة للإستعمال المشترك لكافة الملاك المشتركين في العقارات المبنية وغير المبنية المملوكة على الشيوع لجميع الشركاء في البناية.[4]

---

[1]- تمييز مدني أردني، 1988/09/25، ملف رقم 88/770، م.ن.م، 1990، ص 1707 ؛ 1987/04/27، رقم 87/287، المرجع نفسه، 1990، ص 113.

[2]- المادة 8 من قانون ملكية الطوابق والشقق الأردني رقم 25 لسنة 1986.

[3]- المحكمة العليا، غ.ع، 2005/02/23، ملف رقم 299253، م.م.ع، 2005، عدد1، ص 251 ؛ 1990/05/09، ملف رقم 50937، م.ق، 1991، العدد2، ص 32.

[4]- المحكمة العليا، غ.ع، 2009/11/12، ملف رقم 559709، م.م.ع، 2009، عدد2، ص 257؛ 2008/11/12، ملف رقم 488219، إ.ق.غ.ع، عدد خاص، 2010، ج3، ص 301 ؛ 2007/11/14، ملف رقم 423458، م.م.ع، 2008، عدد2، ص 253 ؛ 2005/02/23، ملف رقم 299253، م.م.ع، 2005، عدد1، ص 251 ؛ 1991/07/10، ملف رقم 76988، م.ق، 1992، العدد3، ص 35 ؛ 1990/05/09، ملف رقم 50937، م.ق، 1991، العدد2، ص 32.

وفي هذا حكمت المحكمة العليا في قرار مشهور مؤرخ في 1990/05/09، ملف رقم 50937، بأنه : "من المقرر قانونا أن الأسطح والمحلات المستعملة للمصالح المشتركة، تعد أجزاء مشتركة في العقارات المبنية التي يملكها على الشيوع كافة الملاك المشتركين. ومن ثم، فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد خطأ في تطبيق القانون.

ولما كان من الثابت في قضية الحال، أن النزاع يدور حول السطح والمغسل المشترك بين كافة المستأجرين ؛ فإن قضاة المجلس برفضهم وإلغائهم للحكم المستأنف، والحكم من جديد برفض الدعوى، يكونوا قد أخطأوا في تطبيق القانون ؛ ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه"[1].

وهذا إجتهاد صائب يرتكز على أسس قانونية، لأن الأجزاء المشتركة في البناية هي ملكية شائعة دائمة، معدة للإنتفاع المشترك بين جميع أصحاب الطبقات والشقق بنص القانون ؛ فلا يجوز للمالك أن يتصرف في حصة منها مستقلة عن الجزء الذي يملكه مفرزا، ويشمل التصرف في الجزء المفرز حصة التصرف في الأجزاء المشتركة التي لا يمكن قسمتها قانونا.

2-له أن يقوم بترميمها وصيانتها على نفقته إذا لزم الأمر، والرجوع على الملاك الاخرين بنصيب كل منهم في النفقات (م 750 و750 مكررا المضافة بالقانون رقم 01/83) ؛ غير أنه **لا يجوز له إحداث أي تعديل أو تغيير في الأجزاء المشتركة**، إلا بموافقة جميع الملاك في البناية، أي بأغلبية الشركاء في الملكية، وبشرط أن يكون من شأن التعديل تسهيل إستعمال هذه الأجزاء المشتركة، وألا يحدث التعديل ضررا بالملاك الآخرين (م 756 و756 مكررا و767 و769 المضافة بالقانون رقم 01/83)[2].

فللشركاء الحق في طلب التعويض، إذا حصل لهم بسبب قيام أحد الشركاء بأعمال أو بناءات أدت إلى نقصان من قيمة أملاكهم، أو ترتب

---

[1] - المحكمة العليا، غ.ع، 1990/05/09، ملف رقم 50937، المشار إليه.

[2] - مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج6، ص160 ؛ المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي تعليقا على المادة 856 منه ؛ المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي تعليق على المادة 1193 منه.

عنها أضرار بالغة فيما يملكون، أو أدت إلى منعهم من الإنتفاع بأملاكهم منعا دائما أو مؤقتا ؛ ويترتب هذا التعويض على جميع الشركاء في الملكية المشتركة، ويوزع بقدر حقوق كل واحد في الأجزاء المشتركة (م 756 مكرر المضافة بالقانون رقم 01/83).

3-**لايجوز لأي شريك التصرف في الأجزاء المشتركة** أو الملحقة بها، استقلالا عن الطبقة أو الشقة التي يملكها ملكية مفرزة، بالبيع أو الهبة أو الوصية ؛ لأن الشيوع الإجباري هنا مقرر لكافة الشركاء وبنص القانون (م 745 و747 749 من ق.م).

4-**لا يجوز لأي شريك في ملكية الطبقات والشقق، طلب قسمة الأجزاء المشتركة**، لأنها معدة للاستعمال المشترك، وهي من صور الشيوع الإجباري الدائم الذي لا يقبل القسمة قانونا.

فلا يجوز وفقا للمادة 747 من ق.م، أن تكون الأجزاء المشتركة للعقارات المبنية المعدة للإستعمال المشترك أو لمنفعة جميع الملاك المشتركين في البناية، أو الحقوق التابعة لها، محلا لدعوى التقسيم، أو بيعا بالمزايدة بمعزل عن الأجزاء الخاصة.[1]

وفي ذلك قضت المحكمة العليا في قرار مشهور بأن : "**الأجزاء المشتركة المعدة للإستعمال المشترك غير قابلة للقسمة ؛ ولا تكون محلا لدعوى القسمة.** ومن ثم، فإن الساحة المتواجدة قرب العمارة والتابعة لها، تشكل أجزاء مشتركة في قضية الحال، وفقا لسندي ملكية سكني طرفي الخصومة، فلا تكون موضوع دعوى قسمة بمعزل عن الأجزاء الخاصة والمشتركة ؛ فلا تجوز قسمتها وفقا لأحكام المادتين 745 و747 من ق.م."[2]

---

[1] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 1991/07/10، ملف رقم 76988، م.ق، 1992، العدد3، ص 35 ؛ نقض مدني مصري، 2000/05/31، طعن رقم 6401، س 62ق، م.أ.ن، 51، ج2، ص 758.

[2] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2008/11/12، ملف رقم 488219، إ.ق.غ.ع، م.م.ع، عدد خاص، 2010، ج3، ص 301.

وفي الموضوع نفسه راجع قرارات : **المحكمة العليا**، غ.ع، 2009/11/12، ملف رقم 559709، م.م.ع، 2009، عدد2، ص 257؛ 2007/11/14، ملف رقم 423458، م.م.ع، 2008، عدد2، ص

وقد ذكر فقهاء الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بـ "**ملكية السفل والعلو**"، وفقا لما ورد في المادة 1138 من مجلة الأحكام العدلية، من أن الدور السكنية المملوكة لشريكين لكل منهما طبقة فيها، وكذا الدكاكين المشتركة، لا تقسم جبرا وقضاء ؛ بل تقسم كل واحدة منها قسمة تفريق. فلا يجوز لأحدهما أن يقوم بهدم بنائه القائم فعلا تعديا للإضرار بالآخر، فإن فعل ذلك أجبر قضاء على إعادته حتى يتمكن الآخر من إستيفاء حقه الثابت له، لأن لكل من صاحب العلو والسفل متعلقا بملك الآخر باعتباره جارا متلاصقا (جار علوي، وجار سفلي). ويجوز الجمع بين الشريكين في قسمة بالتراضي، على أن يأخذ أحدهما الطابق الأعلى، وللآخر يأخذ الطابق الأسفل، ولو في قسمة بالقرعة لفض النزاع القائم بينهما.[1]

5-لا يجوز لأي شريك المساس بالأساسات والدعائم والحيطان الأساسية الخارجية أو الداخلية الحاملة للبناء، كما لايجوز لأي شريك القيام بأي عمل أو بناء من شأنه تهديد سلامة البناء، أو تغيير شكله أو مظهره الخارجي الذي يمس بالنسيج العمراني للبناء ؛ أو إضافة أبنية عليه في الأسطح، أو إحداث تعديل في كل ما هو ضروري لتكوين وتناسق البناء (م 756 مكرر و756 مكررا1 من ق.م المضافة عام 1983).[2]

وعليه، فإن المساس بأحد جدران البناية، من خلال فتح باب خارجي للاستعمال الخاص، يعد تغييرا للأجزاء المشتركة ؛ ومن ثم مساسا بحقوق الشركاء الآخرين في الملكية المشتركة في عقار مبني.[3]

3- تكاليف الأجزاء المشتركة :

يلتزم كل شريك في ملكية الطبقات والشقق، وفقا للمادة 750 من ق.م المعدلة بالقانون رقم 01/83 المؤرخ في 1983/01/29، **بالمساهمة في تكاليف ومصاريف حفظ الأجزاء المشتركة، وصيانتها وإصلاحها**

---

253 ؛ 1993/10/06، ملف رقم 103641، منشور في الإجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني، ص 253 ؛ 1991/07/10، ملف رقم 76988، مذكور سابقا.

[1]- **إبن الهمام**، فتح القدير، ج5، ص 501 وما بعدها ؛ **د. بدران أبو العينين**، الملكية والعقود، ص 349 وما يليها ؛ **أ. احمد خالدي**، القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، ص 117 وما بعدها.

[2]- **تمييز مدني أردني**، 1986/06/06، ملف رقم 86/539، م.ن.م، 1989، ص 1974.

[3]- **المحكمة العليا**، غ.ع، 2009/11/1212، ملف رقم 559709، م.م.ع، 2009، عدد2، ص 257.

وترميمها وإدارتها، كل بنسبة قيمة ما يملكه مفرزا في العقار المشترك، أي بنسبة الطبقة أو الشقة التي يملكها، بغض النظر عما إذا كان يستخدمها بالفعل أو لا يستخدمها؛ كنفقات ترميم الأجزاء المشتركة، أو إصلاح المصعد أو صيانته، أو إصلاح الباب الرئيسي للبناية، أو الإنارة، أو شبكة المياه، أو المجاري الرئيسية، أو إصلاح دهاليز العمارة وغيرها من التكاليف المشتركة.

فلا يستطيع أحد الملاك أن يتخلص من المساهمة في تكاليف الأجزاء المشتركة، بدعوى أنه لا ينتفع بها، كما أنه لا يجوز لأي شريك التخلي عن نصيبه في الأجزاء المشتركة، للتخلص من الإشتراك في تكاليف حفظ وصيانة وإدارة هذه الأجزاء المشتركة وتجديدها عند الإقتضاء؛[1] فلا يجوز قانونا للشريك التخلص من هذا الإلتزام، إلا إذا تخلى عن نصيبه المفرز، ونصيبه الشائع معا.[2]

فإذا امتنع أحد الشركاء عن دفع التكاليف المشتركة المستحقة، بعد الإنذار بالتنفيذ، جاز إلزامه عن طريق القضاء بواسطة جمعية إدارة العقار، ولو بطريق التنفيذ الجبري لتسديد نصيبه من هذه التكاليف (م 750 مكرر1 و756 مكرر2 و764 من ق.م المضافة عام 1983).

وعلى هذا، حكمت الغرفة العقارية لدى المحكمة العليا في قرار مشهور مؤرخ في 2005/02/23، ملف رقم 299253 بأن: الإمتناع عن تسديد نصيب في مصاريف إصلاح السطح المشترك، لا يحرم الممتنع من الإنتفاع به قانونا، لأنه من الأجزاء المشتركة المعدة للإستعمال المشترك بين الجميع؛ وإنما يترتب عليه قانونا الحق في التنفيذ الجبري لإلزامه لتسديد نصيبه.[3]

وقد فرقت المادة 750 من ق.م المعدلة عام 1983، **بين نفقات التسيير العادي للأجزاء المشتركة والترميمات الصغيرة الخاصة بها**، التي تتوزع حسب حصص متساوية بين كل واحد من الشاغلين، وفقا للكيفيات التي تحددها

---

[1] - نقض مدني مصري، 2006/03/13، طعن رقم 8071، س 74 ق، م.أ.ن، 57، ص 244.

[2] - مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج6، ص162.

[3] - المحكمة العليا، غ.ع، 2005/02/23، ملف رقم 299253، م.م.ع، 2005، عدد1، ص 251.

الجمعية العامة لإدارة العقار ؛ وأما نفقات الترميمات الكبرى للعقار ونفقات حفظه وصيانته وإدارته، يتكفل بها جميع الشركاء في ملكية العقار، كل ما بقدر يملكه في البناء، أي بنسبة الجزء الذي يملكه مفرزا في البناء، على حسب موقع الشقة ومساحتها ؛ حيث توزع بنسبة ما يعود منها على كل طابق أو شقة من منفعة ؛ حفظا لسلامة البناء المشترك، ولحسن الانتفاع بهذه الأجزاء المشتركة المملوكة على الشيوع الإجباري، وهي معدة للإستعمال المشترك لجميع ملاك طبقات البناء وشققه المتعددة.[1]

وفي حالة نقل ملكية إحدى الشقق، يبقى المالك السابق ملزما بدفع الديون المترتبة عليه عن الملكية المشتركة (م 754 من ق.م المعدلة عام 1983) ؛ وتضمن حميع الديون المستحقة لجمعية إدارة العقار على كل شريك في الملكية برهن قانوني على قسمته، وتستفيد هذه بالإضافة إلى ذلك من الإمتيازات الخاصة بمؤجر العقار (م 756 من ق.م المعدلة عام 1983).

وأما إذا الشريك في الملكية أو الشاغل لها تابع لهيئة أو مصلحة عمومية أو مجموعة محلية، ولم يدفع التكاليف المستحقة بعد الإنذار بالتنفيذ ؛ يتم تحصيل هذه التكاليف عن طريق الخصم التلقائي من الإعتمادات المقررة لهذا الغرض، وذلك على يد المحاسب العمومي بناء على إحالة من المتصرف الذي يتعين عليه تقديم جميع الإثباتات والمستندات، لاسيما منها الفاتورات وقرارات جمعية إدارة العقار (م 750 مكرر و750 مكرر2 من ق.م المضافة عام 1983).

4- إدارة الأجزاء المشتركة :

نصت المادة 756 مكرر2 من ق.م المضافة بالقانون رقم 01/83، على أنه : "**تشكل جماعة الشركاء في الملكية أو الشاغلين لها، جمعية تتمتع بالشخصية المدنية. وتتولى الجمعية إدارة العقار، والمحافظة عليه، وكذا تسيير الأجزاء المشتركة**".

---

[1] - إن الأساسات والأعمدة والجدران الرئيسية اللازمة للبناء، كلها تكون ملكيتها وحفظها وصيانتها مشتركة بين جميع ملاك طبقات البناء. نقض مدني مصري، 2006/03/13، طعن رقم 8071، مذكور سابقا.

ومقتضى هذه المادة أنه : حيثما وجدت ملكية مشتركة لعقار مبني متعدد الطبقات والشقق المختلفة، فعلى الملاك في هذه الملكية المشتركة أو الشاغلين لها، أن يكونوا جمعية لإدارة العقار والمحافظة عليه فيما بينهم ؛ **وتسيير الأجزاء المشتركة في العقارات المبنية ذات الإستعمال الجماعي** (L'administration et la gestion des immeubles à usage collectif) ؛ فتتولى هذه الجمعية حسن إدارة الأجزاء المشتركة، لكفالة حسن الإنتفاع بها من جانب جميع الملاك أو الشاغلين للعقار المشترك.

وتتمتع هذه الجمعية العامة لجميع الشركاء في الملكية أو الشاغلين لها بالشخصية المدنية، في حدود الصلاحيات المخولة لها، فيكون لهذه الجمعية الشخصية المعنوية (Assemblée générale dotée de la prsonnalité civile)، والذمة المالية المستقلة، وحق التقاضي ؛[1] ومتصرفا لإدارة العقار وتسييره، منتخبا يعد وكيلا عنها، ويمثلها لدى القضاء، يتولى تنفيذ قراراتها تحت مراقبة الجمعية، يعين أو يعزل عند الإقتضاء بالأغلبية محسوبة على أساس قيمة الأنصباء (م 756 مكرر2 ومكرر3 و764 و764 مكرر من ق.م المضافة والمعدلة عام 1983).[2] وفي حالة التقصير يعين المتصرف تلقائيا من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي للمكان الذي يوجد فيه العقار المشترك (م 756 مكرر2/3 من ق.م المضافة عام 1983).

وتنعقد جمعية إدارة العقار إجماعا عاديا وجوبا مرة في السنة، وإستثنائيا عند الإقتضاء بإستدعاء من المتصرف، أو بناء على طلب من الشركاء في الملكية أو الشاغلين لها ؛ ويساهم كل شريك في الملكية المشتركة أو شاغل لها أو خلفائهم في أعمال الجمعية، إذ له الحق في التصويت على جميع المسائل المتعلقة بالملكية المشتركة (م 763 و764 مكرر من ق.م المضافة عام 1983).

---

[1] - وتتكون الموارد المالية لجمعية إدارة من: اشتراكات الملاك أو الشاغلين له، والمبالغ التي تم تحصيلها من الملاك لمواجهة التزامات الجمعية، والقروض، والتبرعات، والهبات، ومداخيل استثمار الأجزاء القابلة لذلك.

[2] - فيكون لجمعية الملاك تعيينه بأغلبية مالكي العقار، محسوبة على أساس قيمة الأنصباء، للقيام بما يلزم لحفظ الأجزاء المشتركة وإدارتها وصيانتها.

وتعين الجمعية في مستهل كل إجتماع رئيسا للجلسة عن طريق التصويت برفع اليد، ويقوم متصرف العقار بدور كاتب الجلسة ؛ وتتخذ قرارات الجمعية عن طريق الإقتراع بالأغلبية البسيطة أو المحددة، ويكلف المتصرف بتنفيذ هذه القرارات تحت مراقبة الجمعية (م 763 و764 و764 مكرر2 من ق‌م المضافة عام 1983). ولا يمكن للشركاء المعارضين أو الغائبين الذين لم يتم تمثيلهم، منازعة القرارات التي صاقت عليها الجمعية العامة، إلا أمام المحكمة المختصة في أجل أقصاه شهرين من تاريخ تبليغ كتابي مسجل مع التوقيع بالإستيلام لهذه القرارات تحت طائلة سقوط الحق ؛[1] ويمثل المتصرف جمعية الملاك أمام القضاء والجهات الأخرى (م 764 مكرر2/2 و2/772 من ق‌م المضافة عام 1983). في حين تتقادم بعشرة أيام الدعاوى الشخصية، التي تنشأ عن تطبيق نظام الملكية المشتركة بين الشاغلين، وبين أحد الشاغلين والمتصرف (م 1/772 من ق‌م المضافة عام 1983).

وعلى هذا، **تكون إدارة وتسيير الأجزاء المشتركة من حق جمعية الملاك أو الشاغلين للعقار المشترك**، وقراراتها المتخذة ملزمة بشرط أن يدعى جميع ذوي الشأن بخطاب مسجل إلى الاجتماع ؛[2] ويجوز للجمعية بالأغلبية القيام بأعمال الإدارة المعتادة، وكذا أعمال الإدارة غير المعتادة لزيادة قيمة العقار، وإبرام التأمين المشترك من الأخطار التي تهدد سلامة العقار، وسلامة الغير من الأضرار التي قد تصيبهم بسببه ؛ أو تجديده بالأغلبية ؛ للمحافظة على العقار المشترك، ولضمان حسن الانتفاع بالأجزاء المشتركة.

فإذا تضرر البناء المشترك من تهدم كلي أو جزئي، أو هلك البناء بحريق أو بسبب آخر، جاز لجمعية إدارة العقار، أن تقرر تجديده أو ما تراه مناسبا، بأغلبية الأصوات ما لم يوجد إتفاق على غير ذلك ؛ مع مراعاة ما

---

[1] - شكلية التبليغ للشركاء المعارضين أو الغائبين مهمة ههنا، بأن تتم عن طريق رسالة مسجلة مع التوقيع على الإشعار بالإستيلام. المادة 9 من المرسوم الفرنسي المؤرخ في 2007/03/01، المعدل للمرسوم المؤرخ في 1967/03/17.

[2] - إذا كان حل النزاع يدخل ضمن الأجزاء المشتركة، وبالتالي يحق لسكان العمارة المطالبة به (م 745 و749 من ق‌م). **المحكمة العليا**، غ‌ع، 2006/11/15، ملف رقم 375806، م‌م‌ع، 2007، عدد2، ص 383 ؛ 2005/02/23، ملف رقم 299253، مذكور سابقا.

قد يستحق من تعويض بسبب هلاك العقار لأعمال التجديد، دون أي إخلال بحقوق أصحاب الدين المقيدة ؛ وفي حال الاختلاف يرفع الأمر إلى القضاء (م 756 مكرر و756 مكررا 1 و764 مكرر2 المضافة عام 1983).

5- العلاقة بين صاحب السفل وصاحب العلو :

نظم فقهاء الشريعة الإسلامية "**ملكية السفل والعلو**"، وقاموا بتنظيم العلاقة القائمة بين صاحب العلو وصاحب السفل في البناء المملوك بين شريكين لكل منهما طبقة فيه، والإلتزامات المقررة على كل واحد منهما، تنظيما خاصا يتفق مع خصوصيتها ؛[1] حيث يكون السفل بكامله (من أرض وأساسات وسقف، مملوكا ملكية خالصة لصاحب السفل)، ويكون لصاحب العلو حق القرار أو حق التعلي على الطبقة السفلى والإنتفاع بسقوفها، فيكون البناء الذي يقيمه صاحب العلو على السفل، مملوكا خالصا له وحده بأكمله. والتعلي هو نوع من أنواع الجوار، إذ هو جوار علوي.[2] وحق التعلي (Exhaussement) هو حق عيني، يجوز لصاحب العلو بيعه لأنه مقوم بالمال، وإنما يباع ضمن علو بناؤه قائم فعلا.[3]

ومن ثم، فإن إلتزامات كل من صاحب السفل وصاحب العلو في الفقه الإسلامي، وهي قيود وإلتزامات شرعية، يمليها الوضع الخاص الذي يربط بين الطابق الأسفل والطابق الأعلى في بناء مشترك متعلقا بملك جاره

---

[1] - وهي تقترب نوعا ما من ملكية الطبقات المتعددة والشقق المختلفة، لأن هذه الأخيرة كما ذكرنا، تكون في العقارات المبنية المشتركة المقسمة إلى عدة طبقات ومساكن مختلفة تكون مملوكة ملكية خالصة لأصحابها ؛ وتكون أجزائها المشتركة كالأرض والجدران الرئيسية والفاصلة والمدخل والسلم والأسطح والممرات والدهاليز... مملوكة على الشيوع لجميع ملاك الطبقات والشقق. انظر د. عبد المنعم البدراوي، الحقوق العينية الأصلية، ص 220 ؛ د. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، فقرة 185.

[2] - راجع حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج3، ص 503 ؛ شرح الزرقاني على مختصر خليل، ج6، ص 196 ؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج9، ص 416 وما بعدها ؛ إبن الهمام، فتح القدير، ج5، ص 501 وما بعدها ؛ د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج6، ص 4755 وما بلها ؛ د. ماجد المشوح، أحكام ملكية الوحدات العقارية، رسالة ماجستير، المعهد العالي للقضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود، الرياض، 1425هـ، ص 20 وما بعدها.

[3] - د. بلحاج العربي، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، المرجع المذكور، فقرة 152 ؛ د. بدران أبو العينين، الملكية والعقود، ص 349 ؛ د. عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، ص 237.

العلوي أو السفلي، مما يجعل كل منهما يتأثر بالآخر. ويحيل إليها القانون المدني الجزائري بمقتضى المواد 1/1 و690 و691 و749 من ق.م.

والتزامات صاحب السفل، والتزامات صاحب العلو في القانون الجزائري هي كالتالي :

1- التزامات صاحب السفل :

يلتزم صاحب السفل بتوقي الخطر على العلو، وذلك بالقيام بما يلزم لمنع تهدم البناء وسقوط العلو، بأن يقوم بإصلاح الجدران الداخلية المملوكة له، بإجراء الترميمات الضرورية للسفل، والصيانة اللازمة للسقف، لمنع سقوط العلو الذي يرتكز عليه الجار العلوي ؛ إذ الأصل أن السقف لصاحب السفل يعتبر من متممات بنائه، وإن كان من الأجزاء المشتركة في ملكية السفل والعلو.

كما يلتزم صاحب السفل **بتجديد بناء السفل في حالة تهدم البناء** لأي سبب، كأن يكون البناء آيلا للسقوط بتقرير هندسي، بإعادة بنائه على نفس الحالة التي عليها قبل الهدم، حتى يستطيع صاحب العلو أن يبني أو يرمم طبقته. فإن البناء المشترك معدا ليتحمل طابقين فقط، فلا يحق لصاحب العلو أن يطالب صاحب السفل بأن يجدد البناء السفلي ليقوى على تحمل طبقات أكثر.[1]

فإذا أخل صاحب السفل بهذه الالتزامات القانونية، ورفع الأمر إلى المحكمة، جاز للقاضي بناء على شكوى إستعجالية من صاحب العلو، أن يرخص بإجراء الترميمات اللازمة لإعادة البناء فورا على حساب صاحب السفل،[2] لإبقاء حق العلو الذي له حق التعلي أو حق القرار على السفل، إذا كان هذا التنفيذ ممكنا ؛ ولو عن طريق التنفيذ الجبري حاصل بأمر قضائي، مع تعويض صاحب العلو عما أصابه من ضرر مادي إذا كان سقوط السفل أو تهدمه قد وقع بتعد من صاحب السفل.[3] ولا يستطيع هذا الأخير أن يتخلص من هذه الإلتزامات، إلا بالتخلي عن ملكية السفل، أي عن حق ملكيته وفقا للقواعد العامة.[4]

---

1 - د. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، فقرة 185.
2 - أي بحصته فيما أنفق لإعادة بناء السفل إذا تهدم.
3 - فإن قام بإجراء هذه الترميمات بدون إذن من القاضي، كان متبرعا لا يحق له الرجوع بما أنفق. انظر د. عبد المنعم البدراوي، الحقوق العينية الأصلية، ص 220.
4 - مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج6، ص 167.

2- إلتزامات صاحب العلو :

لا يجوز لصاحب العلو تحميل سقف السفل فوق طاقته، بأن يزيد في ارتفاع البناء، بما يضر بصاحب السفل ؛ فلا يجوز له تعلية البناء، بأن يضيف طبقة جديدة فوق علوه، إلا برضا صاحب السفل وتقرير هندسي يثبت تحمل السفل لذلك. فإن إعطاء الحق لعقار بالتعلية على عقار آخر، وهو ما يسمى ب "حق التعلي" أو حق القرار، هو من الحقوق العينية المتعلقة بملكية الطبقات، أي المتعلقة بالأجزاء المشتركة الشائعة شيوعا جبريا في الملكية المشتركة في العقارات المبنية[1].

فلا يجوز لصاحب العلو أن يحمل السقف فوق طاقته، بزيادة العباء على السفل، بثقل يلحق الضرر بالسفل، كأن يضع عليه بضائع أو أشياء ثقيلة لا يتحملها سقف السفل ؛ وضرورة العناية بأرضية طبقته، بأن يقوم بالأعمال والترميمات والصيانة اللازمة لمنع ضرر السفل، لان استعمال صاحب العلو مقيد بعدم الإضرار بالسفل.

ومن إلتزامات صاحب العلو أيضا، **عدم إهمال الترميمات اللازمة**، كصيانة شبكة المياه، وأرضية الشقة، وما يكسوها من بلاط، لأنها تعد في نفس الوقت سقفا لصاحب السفل ؛ وان يتحمل تكاليف صيانة شقته باعتبارها مملوكة له ملكية خالصة.

وعلى كل من صاحب العلو وصاحب السفل، التقيد بأحكام الجوار، وعدم الغلو أو التعنت، ومراعاة إلتزامات الجوار، لأن التعلي هو نوع من أنواع الجوار العلوي، فليس لواحد منهما أن يتصرف في ملكه تصرفا مضرا بصاحبه ؛ فإن كان لهما باب واحد كان لكل منهما حق المرور فيه (م 674 و690 و691 و769 من ق.م المعدلة بالقانون رقم 01/83).

فإنه يجب على كل مالك إحترام إلتزامات التعلي والسفل، بأن لا يتعسف في استعمال حقه إلى الحد الذي يضر بجاره ضرر بينا فاحشا. ومن ثم، يتعين على كل واحد منها استعمال حق ملكيته في حدود القانون،

---

[1] - نقض مدني سوري، 1960/10/24، قر 669 تا، مجلة القانون، 6، 1961، ص 555.

بعيدا عن التعسف أوالإضرار بالجوار، لأن إلتزامات الجوار، سواء كان الجار متلاصقا أو جارا في ملكية الطبقات هي إلتزامات قانونية. ومن ثم، فإنه تقوم مسؤولية الجار (المالك أو الشاغل) في حالة الغلو الممنوع، بحصول الضرر الفاحش غير المألوف ؛ وتقدير الضرر من إختصاص قاضي الموضوع، وفقا لسلطته التقديرية كما ذكرنا سابقا.

المطلب الثاني

الحائط المشترك

(Le mur mitoyen)

أ- التعريف بالحائط المشترك :

هو الحائط الفاصل بين بناءين يملكه صاحبهما مشتركا على وجه الشيوع، وهو من ثم يرد على وجه **الشيوع الجبري** ؛ ويحدد القانون كيفية إستعماله والتصرف فيه من طرف ملاكه، مثل تعليته أو إسناد السقف عليه دون إلحاق أي ضرر بشريكه ؛ وكذا القيود القانونية المتعلقة بالحائط الفاصل بين ملكيتين. وقد تضمنت المواد من 704 إلى 708 من ق.م الأحكام المتعلقة بالحائط الفاصل في الأملاك العقارية الخاصة الملاصقة.

وقد حددت مقتضيات المادة 663 من القانون المدني الفرنسي، إرتفاع الحائط الفاصل المحدد بـ 3 أمتار و20 سنتيمترا في المدن التي تزيد كثافتها عن 50.000 نسمة، وبـ 2 مترين و60 سنتيمترا خارج المدن[1].

وينشأ الحائط المشترك الفاصل بين ملكيتي الطرفين مشتركا، إذا أقامه الجاران المتلاصقان بين عقاريهما بالاتفاق على حدود ملكهما بنفقات مشتركة بينهما، فيكون الحائط الفاصل مملوك ملكية مشتركة بين الجيران (م 704 من ق.م) ؛ **وقد يكون مملوكا لواحد من** الجيران، بأن أحدهما قد أقامه بنفقاته الخاصة، ثم شارك الأخر في ملكيته بالإتفاق، أو بطريق التقادم المكسب (م 708 و827 من ق.م).

---

[1]- Voir Weill (A), Terré (F), Simler (Ph), Droit civil, Les Biens, op. cit, N° 273.

إن الحائط المشترك الذي يكون وقت إنشائه حائطا فاصلا بين بناءين، يعد مملوكا ملكية مشتركة بينهما حتى مفرقهما، ما لم يقم دليل على العكس، وفقا لمقتضيات المادة 707 من ق.م ؛ ومن ثم فعلى من يدعي ملكية الحائط المشترك ؛ أن يثبت أن الحائط الفاصل كله مقام على أرضه، أو أنه هو الذي أقامه بنفقاته الخاصة، أو أنه يملك الحائط ملكية خالصة، ولو بالتقادم المكسب (م 827 من ق.م).

فإذا ثبت الإشتراك في ملكية الحائط المشترك الذي يفصل بين البناءين منذ إنشائه، وهي القرينة القانونية البسيطة المنصوص عليها في القانون المدني الجزائري، كنا بصدد شيوع فيما بين الجارين بنص القانون (م 704 و707 من ق.م)، وعندئذ لا يجوز طلب القسمة فيه ؛ كما لا يجوز لأي من المالكين التصرف في حصته مستقلا عن العقار الآخر. والمهم هنا، أن يكون الحائط فاصلا بين بناءين، فإن فصل الحائط بين بناء وأرض فضاء أو مزرعة، أو بين أرضين، فلا تقوم هذه القرينة وفقا لأحكام القانون المدني الجزائري.[1]

ب-الحق في إستعمال الحائط المشترك :

لكل شريك في الحائط المشترك، **أن يستعمله بحسب الغرض الذي اعد من أجله**، وفقا لأحكام المادة 704 من ق.م ؛ فلا يجوز للجار أن يقوم بما من شأنه أن يحول دون إستعمال الشريك الآخر له، **بألا يفعل في الحائط المشترك بما يضر بملك جاره ضررا بينا بالغا** ؛ ولأن الضرر في كل أنواع الجوار ممنوع طبقا لمقتضيات المادة 690 و691 من ق.م. فلا يجوز للمالك قانونا القيام بفتوحات في الحائط المشترك، أو تعليته دون مصلحة جدية، أو الانتقاص من علوه أو سمكه، أو القيام بأي عمل يمس بمتانته.[2]

كما أن مجاوزة الجار لحدود ملكيته، والتعدي على إلتزامات الجوار الجانبي بالتلاصق، كبناء حائط مشترك مرتفع يمنع أو يحجب الضوء أو

---

[1] - انظر زرارة عواطف، عدم التعسف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة، الرسالة المذكورة، ص 104 وما بعدها.

[2] - المحكمة العليا، غ.ع، 2006/03/15، ملف رقم 338735، م.م.ع، 2006، عدد1، ص429.

الهواء أو أشعة الشمس عن الجار، وعدم المشاركة في نفقات ترميمه أو إعادة بنائه؛ وكذا الضرر الناجم عن التعسف في استعمال الحائط بخلاف الغرض الذي أعد من أجله، هي من الأضرار الجسيمة التي توجب مسؤولية الجار.

فإذا تصرف الجار تصرفا يضر بجاره ضررا فاحشا، فللجار أن يرفع الأمر إلى قاضي الأمور المستعجلة لدى المحكمة المختصة بدعوى مستعجلة، لتتم المعاينة وإثبات الحالة ليمنعه فورا، ويلزمه بتعويض عادل لجبر هذه الأضرار[1].

غير أنه لا يجوز للجار قانونا، وفقا للمادة 1/708 من ق.م، أن يجبر جاره على تحويط ملكه (La clôture Forcée)؛ وهذا خلافا للمادة 663 وما بعدها من القانون المدني الفرنسي التي تخول للجار في المدن وضواحيها الحق في إجبار جيرانه على تحويط مساكنهم وأفنيتهم وحدائقهم[2]؛ لأنه من حق المالك تحويط مالكيته لوضع الحدود الفاصلة، وخاصة في الأملاك المتلاصقة، بالطرق الودية أو الجبرية، وذلك مترتب عن مقتضيات حق الملكية ذاته، باعتباره حقا عينيا، مرتبطا بشخص المالك لحماية ملكيته وحياته الخاصة (Le droit de clore son terrain est inhérant au droit de propriété, la clôture est l'expression de l'individualisme du propiétaire).[3]

ومن ثم، يختلف بناء حائط فاصل لوضع الحدود (Le mur mitoyen)، إذ أجاز المشرع الجزائري للجار أن يجبر جاره على وضع حدود لأملاكهما المتلاصقة (م 703 و704 و705 من ق.م)؛ إلا أنه لم يجعل للجار أن يجبر جاره على تحويط ملكه (م 708 من ق.م).

ج-الحائط المشترك في الفقه الإسلامي :

تعتبر الشريعة الإسلامية أول تشريع في العالم ينظم الحائط المشترك، كالحائط الذي يفصل بين ملكين، أو الحائط بين شقتين في ملكية

---

[1] - Voir Wallet P, Bornage, Clôture, in Rép.Civ, N° 30 et 48 ; Mémeteau, La Clôture, J-Cl Civ, Art 647 et 648, N° 1, 5 et 9 ; Weill (A), Terré (F), Simler (Ph), Droit civil, Les Biens, op.cit, N° 269 , 270 et 697.

[2] - Cass.Civ, 3°, 04/10/1973, Bull.Civ, 3, N° 511.

[3] - La clôture garantit par un mécanisme préventif, les droits aussi fondamentaux que le domicile, la vie privée. Voir Malaurie (Ph) et Aynès (L), Les Biens. Op. cit, N° 379, 1011.

الطبقات والشقق، المملوكة ملكية مشتركة ؛ كما أنها نظمت التزامات الجوار الجانبي بالتلاصق أو الأفقي بالعلو والسفل، وهذا قبل القوانين الوضعية بعدة قرون وبدون منازع. وفي ذلك نصت المادة 1210 من مجلة الأحكام العدلية، على أن : "**أحد شريكي الحائط المشترك ليس له أن يعليه، ولا أن يركب عليه بقصر، ولا بغيره بدون إذن الآخر...**".

وقد بحث فقهاء الفقه الإسلامي أحكام الحائط المشترك في باب الجوار الجانبي (Mitoyenneté) الذي ينشأ من الجدران أو الحيطان الملاصقة في الإملاك العقارية المبنية المتلاصقة ؛ وكذا في الجوار الأفقي الذي ينشأ من ملكية العلو والسفل.[1] ويترتب عليه عدم الإضرار بالجوار ضرر بينا فاحشا، فللجار أن يرفع الأمر إلى القاضي ليمنعه، ويلزمه بتعويض الضرر الناجم.[2]

ويجوز لكل جار أن يجبر جاره على وضع حدود لأملاكهما المتلاصقة بالحوائط المشتركة الفاصلة، وتكون نفقات ومصاريف بناء الحائط المشترك وصيانته مشتركة بينهما، ويلزم الجار الشريك في المساهمة بذلك ؛ ولا يجوز للجار أن يستعمله بما يتعارض مع الغرض الذي أعد من اجله، أو يحمله فوق طاقته ؛ أي بما يضر بملك جاره، لأن الضرر في الجوار ممنوع شرعا.[3]

وفي حال النزاع على ملكية الحائط المشترك الفاصل بين ملكيتين، وهو الذي لا يتصل ببناء أحدهما، فادعى كل شريك مالك ملكيته، ذهب الفقهاء إلى جعله بينهما مناصفة.[4]

د- أحكام الحائط المشترك :

يتحدد النظام القانوني للحائط المشترك في القانون المدني الجزائري في الأحكام القانونية الآتية :

---

[1] - د. بلحاج العربي، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، المرجع المذكور، فقرة 148 وما بعدها ؛ ولنفس الكاتب: الوجيز في الحقوق العينية في ضوء الفقه الإسلامي، المرجع المذكور، ص 115 و116 ؛ معالم نظرية الشركة لدى فقهاء الشريعة الإسلامية، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، الرياض، 1998، العدد39.

[2] - ابن جزي، القوانين الفقهية، ص 241 ؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج6، ص 264 ؛ السرخسي، المبسوط، ج15، ص 21.

[3] - المادة 1145 من مجلة الأحكام العدلية.

[4] - شمس الدين الأسيوطي، جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود ، ج4، ص 390..

1- يجوز قانونا لكل شريك في الأملاك الملاصقة بالجدران أو الحيطان، **أن يجبر شريكه على وضع الحدود لأملاكهما المتلاصقة**، بإقامة الحائط المشترك الفاصل ما بين الملكين ؛ **وتكون نفقات بنائه أو تجديده مشتركة بينهما** (م 703 و704 و705 من ق.م).

فإذا جاوز الشريك حدود حقه عند بناء الحائط المشترك الفاصل، كان للشريك الآخر أن يطلب من القضاء إزالة ما قام به أو تعديله بما يتفق مع الحدود الفاصلة الواجبة، ولقاضي الأساس سلطة تقديرية بحسب ظروف كل حالة.

2- على كل شريك في الحائط المشترك أن يستعمله بحسب الغرض الذي اعد من أجله، باعتباره جدارا فاصلا مشتركا لتحديد وستر الملكية العقارية كل عن الآخر ؛ وألا يحول دون إستعمال الشريك الآخر، وألا يحمله فوق طاقته، وفقا لأحكام المواد 703 و704 و705 من ق.م.

فإذا كان الغرض تعسفيا، فيه ضرر فاحش، أو كان للحصول على فائدة غير مشروعة، فللجار رفع الأمر إلى القاضي ليمنعه، ويطلب إزالة ما قام به أو تعديله، وجاز للمحكمة أن تلزم المتعسف بالضمان.[1]

فلا يجوز تعلية الحائط المشترك بدون مصلحة جدية في التعلية، وبدون إذن الشريك الآخر، بما يضر الشريك في الجوار ضررا بليغا (م 705 من ق.م) ؛ وتقدير الضرر البليغ أو الجسيم من المسائل التي يفصل فيها قضاة الموضوع. **ولا يجوز أيضا لأي من الشركاء تحميل الحائط فوق طاقته**، كأن يسند عليه سقف بنائه مثلا (م 705 و706 و707 من ق.م).

ولذلك يشترط لتعلية الحائط المشترك في القانون المدني الجزائري :
أن تكون التعلية لمصلحة جدية للشريكين، وألا تلحق التعلية ضررا جسيما بالشريك الآخر، وأن يساهم الجاران في نفقات هذه التعلية كل بنسبة حصته، ما لم يتفقوا على غير ذلك ؛ وأن يكون الحائط صالحا لتحمل التعلية، فإن كان غير صالح لتحمل التعلية إستلزم الأمر إعادة بنائه من جديد بنفقات مشتركة بينهما[2].

1- **المحكمة العليا**، غ.ع، 2006/03/15، ملف رقم 338735، المشار إليه.

2- أنظر **زرارة عواطف**، إلتزامات الجوار في القانون المدني الجزائري، مذكور سابقا، ص 144 و145.

فإذا اقتضى الأمر وفقا للمادة 705 من ق.م، أن يزيد الشريك في سمك الحائط المشترك، فيجب أن يقع ما زاد من السمك في الحائط في ناحيته هو، فإذا كان الحائط المجدد في غير الجزء المعلى، يكون للشريك الذي قام بالتعلية أن يطلب التعويض.[1]

3- يمنع على الشريك فتح نوافذ فيه أو مناور أو مطلات في الحائط المشترك، كما يمنع عليه أن يفتح فيه بابا، ولا أن يركز عليه سقفا أو سلما ليستند عليه، ولا استعماله تعسفا للحصول على فائدة غير مشروعة؛ لأن الغرض الذي أعد له الحائط المشترك هو أن يستتر به كل من البناءين الذي يفصل بينهما عن الآخر؛ وللجار رفع الأمر إلى القاضي ليمنع الشريك الآخر لطلب سدها، وقد يلزمه بتعويض عادل لجبر الأضرار المترتبة (م 704 من ق.م).

وبصدد ذلك، قضت الغرفة العقارية لدى المحكمة العليا في قرار حديث بأنه: **"لا يجوز لمالك الحائط المسترك إحداث فتحات فيه، أو الإنتقاص من علوه أو من سمكه، أو القيام بأي عمل يمس بمتانته."**[2]

فإذا كان الحائط الفاصل مملوكا ملكية خالصة لأحد الجارين، جاز له فتح المناور فيه؛ غير أنه إذا لم يطلب الشريك سد منور مفتوح منذ خمس عشرة سنة في الحائط ولم يعترض الجار، فلا يجوز له بعد ذلك الإعتراض إلا إذا كان قد قبل به على سبيل التسامح.[3]

4- لايجوز لأحد الشركاء أن يقوم بهدم الحائط المشترك دون عذر قانوني قوي يدعوه إلى الهدم، وبدون إذن الآخر، لأن الجار الملاصق يستر ملكه بهذا الجدار الفاصل؛ بأن يكون ملك الجار مستترا بالحائط، وأن يسبب الهدم ضررا للجار. وهذا الحكم هو من القيود القانونية المتعلقة بالحائط الفاصل في الأملاك العقارية المبنية الخاصة بالتلاصق في الجوار، ويستقل قضاة الموضوع بتقدير الضرر بسبب الهدم من عدمه وفقا لظروف

---

1 - مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج6، ص 65.

2 - المحكمة العليا، غ.ع، 2006/03/15، ملف رقم 338735، المشار إليه.

3 - د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج8، فقرة 603.

الواقع (م 2/708 من ق.م).[1] ويعتبر هذا القيد تطبيقا لنظرية التعسف في إستعمال الحق، ولو كان الحائط الفاصل مملوكا لأحد الجيران.[2]

فإذ كان هدم الحائط المشترك القديم من شأنه إحداث ضرر جسيم بالجار الملاصق، فليس أمام الشريك سوى أن يترك هذا الحائط، ويقيم حائطا جديدا بجوار الحائط المشترك ؛ فيكون الحائط الجديد مملوكا ملكية خالصة لمن أقامه.[3]

5- ليس لأحد الشركاء التصرف في الحائط المشترك، بالبناء عليه، أو بزيادة البناء عليه، ولا أن يحمله فوق طاقته، ولا تعليته بدون مصلحة جدية، بما يتجاوز الحدود النظامية المقررة بغير إذن من الآخرين، فهنا يشترط عدم الإضرار بالآخرين (م 705 و706 و707 من ق.م).

إن الحائط المشترك الفاصل إذا كان مملوكا ملكية مشتركة بين الجارين، يكون مملوكا على الشيوع الجبري فيما بينهما ؛ ومن ثم **لا يجوز لأحدهما طلب قسمة هذا الحائط**، لأن الغرض الذي أعد له يقتضي أن يبقى دائما على الشيوع ؛ كما أنه **لا يجوز التصرف فيه بشكل مستقل، لأن ذلك يتنافى مع طبيعته.** غير أنه إذا كان الحائط الفاصل مملوكا لأحد الجيران ملكية خالصة، لأنه هو الذي أقامه، كان له حق إستعماله والإنتفاع به والتصرف فيه دون تعسف (م 708 و693 من ق.م)، ولا يجوز لجاره قانونا أن يجبره على التنازل عن جزء من هذا الحائط، أو من الأرض التي أقيم عليها، أو يطلب مشاركته في ملكية هذا الحائط.[4]

6- تكون نفقات ومصاريف بنائه وصيانته وتجديده مشتركة بينهما، فإذا احتاج الحائط المشترك إلى نفقات ومصاريف لإصلاحه أو ترميمه أو تجديده بإعادة بنائه لإستمرار الإنتفاع به، كانت على كافة

---

[1] - أنظر خوادجية حنان، قيود الملكية العقارية الخاصة، الرسالة المذكورة، ص 125 وما بعدها.

[2] - د. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، فقرة 96.

[3] - د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع المذكور، ج8، ص 999.

[4] - د. عبد المنعم فرج الصدة، المرجع نفسه، فقرة 95 و96 ؛ د. نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، ص 79.

الشركاء كل بنسبة حصته فيه (م 2/704 و2/705 من ق.م) ؛ فلا يستطيع الشريك التخلص من هذا الإلتزام العيني بدفع نصيبه من نفقات صيانته وترميمه وإصلاحه، إلا إذا تخلى عن حصته في الحائط[1].

فإذا امتنع أحدهم جاز إجبار الشريك الممتنع بأمر قضائي طبقا للقواعد العامة، أي بإذن من المحكمة، لدفع هذه النفقات بقدر حصته، ولو بطريق التنفيذ الجبري ؛ أما إذا الحائط كله ملكا خالصا للجار، فلا يجوز للجار الآخر أن يطلب الإشتراك فيه.

المطلب الثالث

الطريق الخاص المشترك

أ- التعريف بالطريق الخاص المشترك :

هو الطريق أو الممر الخاص الذي يكون مملوكا لشخص أو لعدة أشخاص، وقد يكون نافذا أو غير نافذ ؛ فهو الطريق الخاص المشترك (Le passage commun privé) الذي يكون **ملكا لأصحابه ملكية مشتركة، والذي يخصص لخدمة العقارات السكنية التي تقع عليه** ؛ ويكون لهم حق المرور فيه.

فإنه لأصحابه حق المرور فيه، وكذا فتح الأبواب والنوافذ عليه بلا قيد ولا شرط ؛ على أن يراعي المالك في استعمال حقه عدم التعسق، وكذا عدم الإضرار بالآخرين، وما تقضي به النصوص القانونية الجاري بها العمل المتعلقة بالمصلحة العامة أو المصلحة الخاصة، وما جرت به العادة والأعراف (م 674 و690 و691 و693 وما بعدها من ق.م). ويحيل المشرع الجزائري إلى أحكام الفقه الإسلامي، فيما يتعلق بأحكام الطريق الخاص المشترك (م1/1 من ق.م).

ب- أحكام الطريق الخاص المشترك :

يعد الطريق الخاص المشترك، باعتباره مملوكا ملكية مشتركة بين جميع الملاك الشركاء، **مملوكا على الشيوع فيما بينهم**، فلا يجوز

---

[1] - د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج8، ص 699 ؛ د. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، ص 120.

لأحدهما طلب قسمة هذا الطريق ؛ لأنه يستوجب أن يبقى دائما على الشيوع.[1] ويترتب على ذلك الأحكام القانونية التالية :

1- يجوز لجميع الشركاء، أي الملاك الذين يملكون عقارا في هذا الطريق الخاص المشترك، **حق المرور فيه بلا قيد ولا شرط، والانتفاع به بدون إحداث ضرر للآخرين،** وذلك مقصور على من لهم حق المرور فيه، وفقا للقوانين والأنظمة والأعراف والعادات التي تحكم حق المرور ؛ فلا يجوز لغير الشركاء في الطريق الخاص المرور فيه أو فتح أبواب أو نوافذ أو مطلات عليه.[2]

2- لا يجوز لأحد الشركاء بناء مظلة أو مصطبة أو دكة أو شرفة، أو غيرهما، مما يشغل حيزا من الطريق الخاص المشترك، سواء أكان مضرا أم غير مضر، إلا بإذن الشركاء الآخرين جميعا ؛ فلا يجوز لأحدهم أن يحدث فيه شيئا بغير إذن من الباقين، وبأقل ضرر للملاك المجاورين، لأنه مملوك على الشيوع الجبري كما أشرنا.

3- لا يجوز لأصحاب الطريق الخاص المشترك الإتفاق على بيعه أو قسمته أو سد مدخله، لأنه يحق للمارين في الطريق العام الدخول للطريق الخاص عند الضرورة، وفي سده تضييق عليهم، وإضرار بالشركاء وبالمارين عند الإزدحام أو الحادث. فإنهم لا يملكون بيعه ولا قسمته فيما بينهم لأنه مملوك على الشيوع، إلا إذا كانوا قد وضعوا عند إنشائه بابا يغلق، بحيث لا يدخل منه غيرهم، فإن لهم الحق في هذه الحالة في منع الناس من المرور فيه وفي بيعه وقسمته.[3]

4- إذا كان الطريق الخاص المشترك نافذا، فانه يجوز للمارين في الطريق العام حق اللجوء إليه والمرور فيه عند الضرورة ؛ كما هو الشأن عند إزدحام الطريق العام، أوالطوارئ، أو حدوث حادثة تمنع المرور فيه ؛ فلا يجوز سده مما يضيق على الناس ويضر بالمصلحة العامة والمصلحة الخاصة، لأن العامة قد ثبت لهم حق اللجوء إليه عند ازدحام الطريق العام.

---

[1] - د. بلحاج العربي، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، ص 151 و152 ؛ ولنفس الكاتب: الوجيز في الحقوق العينية في ضوء الفقه الإسلامي، ص 119 و120.

[2] - د. بلحاج العربي، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، فقرة 146، ص 152.

[3] - د. أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد، ص 100.

فإذا كان الطريق المشترك الخاص نافذا، وأذن أصحابه للعامة المرور فيه، فليس لهم منعهم بعد ذلك ؛ فإذا أراد أصحابه سده بإقامة باب عليه فإنهم لا يملكون ذلك، لأن حق العامة في المرور متى ثبت لا يملك أحد إبطاله[1].

5- ينتقل حق الانتفاع بالطريق الخاص المشترك، للخلف العام وللخلف الخاص، بشرط عدم الإضرار بالملاك الشركاء المجاورين.

6- تكون نفقات ومصاريف صيانة وتعمير وتجديد الطريق الخاص المشترك على كل كافة الشركاء في هذا الطريق، كل بنسبة الحيز الذي يملكه فيه، وما يعود عليهم من منفعة وفائدة.

7- لا يجوز لمالك العقار المحصور، طلب حق المرور على أرض الغير، وتغيير قاعدة الإرتفاق، **إذا كان الحصر ناتجا عن إرادته** (م 695 و696 و697 من ق.م)، وكان بإمكانه تفاديه لو احترم مخطط البناء[2]؛ أو الذي له ممر كاف على الطريق العام، أن يغير الوضع القائم بفعله، ويزاحم الشركاء الآخرين في حق المرور المقرر لهم[3].

وقال بعض الفقه الإسلامي إذا قام أحدهم بسد بابه المفتوح على الطريق الخاص، فلا يسقط حقه في المرور فيه، ويجوز له ولخلفه من بعده أن يعيد فتحه : أي أنه إذا كان لأحدهم باب مثلا على هذا الطريق وسده لسبب ما، فلا يبطل حقه، بل له ولمن يملك العقار بعده، أن يعيد فتحه ثانية[4].

8- إن حيازة الممر الذي يستعمله صاحب العقار المحصور لمدة خمس عشرة سنة كاملة، يعد بمثابة سند لملكية الإرتفاق، وهو هنا حق المرور بالتقادم ؛ حيث يصبح تابعا للعقار الذي أنشيء من أجله ؛ فإذا كان حق المرور قد تقرر بالحيازة لصالح العقار المحصور، فإنه لا يزول بتوقف الحصر الذي كان السبب الأصلي فيه، عارضا كان أو نهائيا، وفقا لأحكام المواد 699 و702 و827 من ق.م.[5]

1- **د. محمد يوسف**، الأموال ونظرية العقد، ص 180 ؛ **د. احمد فراج حسين**، الملكية ونظرية العقد، ص 100.

2- "من المقرر قانونا انه لا يجوز لمالك الأرض المحصورة، طلب حق المرور على أرض الغير، ولا تغيير الوضع القائم، إذا كان الحصر ناتجا عن إرادته وفعله، وفقا لنص المادة 695 من ق.م.ج." انظر **المحكمة العليا**، غ.ع، 2005/03/23، ملف رقم 303259، م.م.ع، 2005، عدد1، ص261؛ 2000/04/26، ملف رقم 195764، م.ق، 2000، العدد2، ص 159.

3- **المحكمة العليا**، غ.ع، 2000/04/26، ملف رقم 195764، المشار إليه.

4- **د. محمد يوسف**، الأموال ونظرية العقد، ص 180 ؛ **الزيلعي**، شرح الكنز، ج6، ص 143.

5- **المحكمة العليا**، غ.ع، 2002/03/20، ملف رقم 226568، ورد ذكره في القانون المدني في ضوء الممارسة القضائية، ص171.

المبحث الرابع

أسباب إكتساب الملكية

(Modes d'acquisition de la propriété)

أ- المقصود بأسباب إكتساب الملكية :

المراد بأسباب إكتساب الملكية هي مصادر كسب الحقوق العينية بالطرق القانونية، أي الوسائل المنشئة أو الناقلة التي تكسب بها الملكية، التي تمكن الشخص من الحصول على الملك من مصادره القانونية التي يترتب عليها ؛ فهي طرق التملك الشرعي للمال بسبب قانوني، والتي بمقتضاها يتم إكتساب حق الملكية إبتداء دون أن يكون لها مالك سابق تنتقل منه، أو إنتقالا من مالك سابق ما بين الأحياء، أو بسبب الوفاة.

وقد نظم القانون المدني الجزائري أسباب إكتساب الملكية، في الفصل الثاني من الباب الأول من الكتاب الثالث المتعلق بالحقوق العينية الأصلية، بموجب المواد من 773 إلى 843، وبمقتضى هذه المواد تتعدد الأسباب المكسبة للملكية وهي : **الإستيلاء، والميراث، والوصية، والإلتصاق، والعقد الناقل للملكية، والشفعة، والحيازة.**

وطرق إكتساب الملكية هي أسباب قانونية وردت في القانون المدني على سبيل الحصر، حيث نظمها المشرع الجزائري وعددها بنص القانون على وجه الخصوص، وقام بتعدادها ؛ **فلا يجوز للأفراد إنشاء أسباب جديدة لإكتساب الحقوق العينية لم يرد ذكرها في القانون**[1]. كما أنه لا

---

[1] - وهي تماثل او تقابل مصادر الإلتزامات الواردة في المواد من 53 إلى 159 من ق.م، غير انه بخلاف الحقوق العينية التي نظمها القانون على سبيل الحصر ؛ يجوز للأفراد إنشاء حقوق شخصية جديدة لم ينص عليها القانون، لأنها لا تقع تحت حصر من الناحية العملية، وفقا لمبدأ سلطان الإرادة ولكن في حدود النظام العام والآداب الحميدة (م 54 و93 المعدلة بالقانون رقم 10/05). وذلك لأن المشرع الجزائري في الحقوق الشخصية لم يقم بتعدادها، بل إكتفى ببيان مصادرها وأحكامها على وجه العموم.

راجع د. بلحاج العربي، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، المصادر الإرادية، دار هومه، ط2، 2016، ص 33.

يجوز ترتيب شروط وأحكام هذه الأسباب القانونية لكسب الملكية إلا في الحدود التي سطرها القانون[1].

ونلاحظ في القانون المدني الجزائري، أنه إلى جانب الإستيلاء (وهو من الأسباب المنشئة للملكية إبتداء، أي دون أن يكون لها مالك سابق تنتقل منه)، والمتمثل خاصة في إحراز المنقول المباح الذي لا مالك لها إبتداءا، الذي يكتسب بمجرد حيازته، بوضع اليد عليه بنية التملك، لأنه ليس له مالك سابق ينتقل منه، كما لو تخلى عنه مالكه بقصد التنازل عن ملكيته ؛ فإن الأسباب الأخرى كلها ناقلة للملكية، حيث تنقل الملكية ما بين الأحياء إنتقالا من مالك سابق (entre vifs)، وهي تشمل : العقود الناقلة للملكية، والشفعة، والإلتصاق، والحيازة ؛ كما أنه تنتقل الملكية بسبب الوفاة (à cause de mort)، بسبب الميراث والوصية، من جراء وفاة المورث أو الموصى.

وجدير بالتنويه ههنا، أن الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن حق الملكية، كحق الإنتفاع وحق الإرتفاق وحق الإستعمال وحق السكن (م 844 إلى 881 من ق.م)، لا تخرج عن أسباب كسب حق الملكية، ولكن مع مراعاة ما تقتضيه الطبيعة القانونية لكل حق منها. فعلى سبيل المثال : لا يتصور الإستيلاء بالنسبة إلى هذه الحقوق كما سنرى لاحقا ؛ لأن هذه الحقوق ترد بالضرورة على شيء مملوك، فهي إقتطاع من حق الملكية، أي بمعنى أنها تفترض وجود هذا الحق.

ب- أسباب كسب الملكية في الفقه الإسلامي :

تتمثل أسباب إكتساب الملك التام في الفقه الإسلامي في أربعة أسباب مكسبة للملكية وهي : إحراز الأشياء المباحة التي لا مالك لها،

---

[1]- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ص 5، فقرة 1 ؛ د. محمد سوار، الحقوق العينية الأصلية، ج2، دار الثقافة، عمان، الأردن، 1994، ص 5 ؛ د. عبد المنعم الصدة، الحقوق العينية الأصلية، ص 9 و10 ؛ د. نبيل سعد، الحقوق العينية الأصلية، ص 9 و10.
Cf. Cf. Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil, T.3, 2e éd, par Picard, 1953, N° 48 ; Marty et Raynaud, Les biens, N° 8 et 10 ; Malaurie (Ph) et Aynès (L), Les Biens. N° 361 et s ; Weill (A), Terré (F), Simler (Ph), Droit civil, Les Biens, N° 41 ;Ghestin J, Chr. D. 1981, N° 31.

بحيازتها ووضع اليد عليها ما دامت غير مملوكة لأحد ؛ والعقود الناقلة للملكية من بيع وهبة وغيرها، حيث يكون محل الملك عينا أو منفعة أو حقا ؛ وخلافة الشخص لغيره في ملكه بالميراث والوصية بعد وفاة المورث والموصي ؛ والشفعة بنزع الملك جبرا عن صاحبه عند ثبوتها، بامتلاك العقار المبيع جبرا عن مشتريه بما قام عليه من الثمن والتكاليف[1].

ومن المعلوم أنه لا تعتبر الشريعة الإسلامية وضع اليد لمدة طويلة سببا مثبتا للملكية، إلا في الأحوال المتعلقة بحيازة المباح الذي لا مالك له، كما أنها لا تعتبر ترك المطالبة بالحق مدة طويلة مسقطا لذلك الحق مهما طال الزمان ؛ فمضي المدة وهو ما يسمى بالتقادم، لا يخول حقا لواضع اليد ولا يسقط حق ذي حق، بشرط ألا يكون هناك عذر مسوغ لعدم المطالبة[2] ؛ غير أن ترك الدعوى لمدة زمنية طويلة قدرها ثلاثا وثلاثين سنة قد يمنع سماع الدعوى عند الإنكار. ورغم هذا فقد أخذ الفقه الإسلامي المعاصر بمنع سماع الدعوى لمضي مدة خمس عشرة سنة، مبقيا دعاوى الميراث والوقف على المدة الطويلة بثلاث وثلاثين سنة[3].

ج- تحديد أسباب إكتساب الملكية في القانون الجزائري :

حدد القانون المدني الجزائري أسباب إكتساب الملكية في المواد من 773 إلى 843، على النحو التالي :

1- الإستيلاء (L'occupation) : وهو كسب الملكية إبتداء، بإحراز المال الذي لا مالك لها سابقا (Bien sans maître) ؛ بمجرد وضع اليد على منقول مباح بنية تملكه (Bien de tolérance)، لا يدخل في ملك شخص معين، ولم يوجد مانع شرعي من تملكه. ويصبح المنقول غير مملوك لأحد أيضا محلا للإستيلاء إذا تخلى عنه مالكه، بقصد التنازل عن ملكيته ؛

---

1 - أنظر د. بلحاج العربي، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، فقرة 160 وما بعدها، ص 165 وما يليها.

2 - كان يكون المدعي قاصرا مثلا، أو كان يمر بإفلاس وعدم وجود مال ظاهر، مما تسبب في تأخير رفع الدعوى ؛ فيكون إحتساب المدة من وقت زوال العذر المسوغ. راجع محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، ص 107 وما بعدها ؛ علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، ص 265 وما يليها.

3 - د. بلحاج العربي، أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، دار هومه، ط2، 2016، ص 639 وما بعدها.

غير أن العقارات التي مالك لها هي ملك للدولة،[1] ومع هذا يمكن وفق شروط معينة إكتساب الأفراد لحقوق عينية عليها بإستصلاحها بقرار من السلطة المختصة (م 773 من ق.م و4/180 من ق. أ).[2]

2- العقود الناقلة للملكية (Les contrats de propriété) : وهي عقود التمليكات، التي يترتب عنها إنتقال الملكية من شخص لآخر، كالبيع والهبة مثلا (م 792 و793 من ق.م).[3]

3- الميراث (Succession) : وهي الملكية الإستخلافية، التي تودي إلى إنتقال أموال التركة بسبب الوفاة إلى الورثة الشرعيين أو الموصى له، بالميراث والوصية (م 774 من ق.م و126 إلى 212 من ق.أ).[4]

4- الشفعة (Préemption) : وهي تملك العقار المجاور من مشتريه جبرا بدفع قيمته، فهي سبب جبري من أسباب كسب الملكية بحكم القانون، بإنتقالها من مالك سابق إلى الشفيع ؛ وهي رخصة تجيز لهذا الأخير الحق في أن يحل محل المشترى في جميع حقوقه وإلتزاماته في بيع العقار المشفوع، ضمن الأحوال والشروط القانونية (م 794 و807 من ق.م).

5- الإلتصاق (L'accession) : وهو الاتصال أو الإندماج بين شيئين متميزين، مملوكين لشخصين مختلفين، دون إتفاق بينهما، على نحو يتعذر الفصل بينهما دون تلف ؛ مما يستوجب تحديد المالك القانوني للأموال المتلاصقة (م 778 و791 من ق.م).

6- الحيازة (Possession) : وهي التقادم المكسب، بمرور الزمان، إذا استمرت حيازة الحائز المدة القانونية المحددة، بصفة علنية وهادئة وبدون

---

[1] - فإن المشرع الجزائري كانه حدد دور دور الإستيلاء كأصل عام على كسب ملكية المنقول دون العقار.

[2] - بمقتضى القانون رقم 18/83 المؤرخ في 1983/08/13، المتعلق بحيازة الملكية العقارية الفلاحية ؛ وكذا المرسوم التنفيذي رقم 289/92 المؤرخ في 1992/07/08، شروط التنازل عن الأراضي الصحراوية أو المنطوية في إطار الإستصلاح الفلاحي.

[3] - والتي سبق دراستها في النظرية العامة للعقد ضمن مصادر الإلتزامات، وكذا في العقود المدنية المسماة.

[4] - لن نركز عليها إلا في الجوانب القانونية المتعلقة بانتقال الحقوق العينية، في مجال كسب الملكية ؛ باعتبار أن أحكام ملكية الاستخلاف تدخل ضمن مقرر التركات والمواريث والوصايا.
راجع تفاصيل ذلك في: د. بلحاج العربي، أحكام التركات والمواريث وفق قانون الأسرة الجزائري الجديد، دار هومه، الجزائر، ط2، 2015.

إنقطاع ؛ وكانت مقترنة بحسن النية، وتستند في الوقت نفسه إلى سند صحيح (م 808 و843 من ق.م)[1].

وسنتطرق لأسباب إكتساب الملكية في القانون المدني الجزائري بشيء من التفصيل، في ستة مطالب مهمة مستقلة فيما يلي :

المطلب الأول

الإستيلاء

(L'occupation)

الاستيلاء أو "الإحراز" بحسب تعبير الفقه الإسلامي، هو وضع اليد على منقول لا مالك له، بقصد تملكه، بمجرد حيازته الفعلية، بشرط أن يصلح للإستيلاء عليه ؛ وعلى هذا، **فالإستيلاء هو حيازة المال المباح الذي لا مالك له بنية تملكه.**[2] فهو سبب فعلي لكسب ملكية المباحات التي لا مالك لها إبتداء تنتقل منه، وليس سببا ناقلا لها، يتم بوضع اليد عليه بنية التملك، أي **بالحيازة الفعلية المقرونة بالقصد**، وفقا لما يثبت للمستولي من سلطة على الشيء المستولي عليه.[3]

فإن لفظ "الإستيلاء" (L'occupation) كسبب من أسباب كسب الملكية، **يعني وضع اليد على منقول لا مالك له، والتمكن منه مع النية في تملكه، والظهور عليه بهذا المظهر**، بحيث يكون له مظهر الملكية في مباشرة بعض آثاره ؛ فيعتبر وضع اليد عندئذ قرينة على توافر نية التملك (Possession)، وهذا حتى يقوم الدليل على عكس ذلك.

ولم يتوسع المشرع الجزائري في أحكام الإستيلاء، ولا في تطبيقاته القانونية، مكتفيا بالإشارة إليه في المادة 773 من ق.م كسبب لملكية الأشياء التي لا مالك لها، بوضع اليد عليها بنية تملكها ؛ مما يستوجب

---

[1]- ولا يجب ههنا نسيان طرق اكتساب الملكية بمفعول القانون في بعض القوانين الجزائرية الخاصة، كتنازل الدولة مثلا عن أملاكها العقارية الخاصة غير المبنية لصالح الخواص ؛ وكذا إكتساب الملكية الفكرية والصناعية والتجارية، بالوسائل القانونية المحددة لها في الأنظمة والقوانين والمراسيم الخاصة التي تحكمها.

[2]- وقد وردت عدة تطبيقات مهمة للإحراز في المواد 1252 إلى 1261 من مجلة الحكام العدلية.

[3]- أنظر د. بلحاج العربي، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، فقرة 162 وما بعدها، ص 166 وما يليها.

الرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية المتعلقة بإحراز المباحات، عند عدم وجود النصوص التشريعية الخاصة (م1/1 من ق.م).[1]

ويختلف الإستيلاء بهذا المعنى، كسبب لإكتساب حق الملكية، وفقا لمفهوم المادة 773 من ق.م، عن الإستيلاء الذي تقوم به الدولة على مال الأفراد للمصلحة العامة، بضوابط وإجراءات قانونية معينة، وفقا لأحكام نزع الملك للمنفعة العامة من غير رضا صاحبه (م 677 و679 إلى 681 مكرر3 المضافة بالقانون رقم 14/88 من ق.م)،[2] كما رأينا سابقا في القيود القانونية الواردة على حق الملكية[3].

1-تعريف الإستيلاء

الاستيلاء كوسيلة لإكتساب ملكية الأشياء التي لا مالك لها، هو وضع اليد عليها بنية تملكها، ومن ثم، فإن محله هو إحراز المباحات غير المملوك لأحد، أي الأشياء التي لا مالك لها سابقا ؛ كالماء العام في منبعه، والأسماك في الأنهار والبحار، والحيوانات في البراري، والطيور في الهواء، والحطب في الغابات (وهي الآجام)، والحشائش (أو الكلأ) التي تنبت من غير إنبات في الأراضي غير المملوكة، وهكذا.

فالمنقول السائب هو المال المباح المتروك الذي لا مالك له (Res Derelictae)، ليس له سوى وجود مادي، كتخلي المالك عن المنقول مثلا،

---

[1] - واصطلاح "إحرازالمباحات" الذي أورده فقهاء الشريعة الإسلامية في كتاباتهم كسبب لكسب الملكية، وإن كان مركبا، هو أفضل في الحقيقة من إصطلاح "الإستيلاء" (L'occupation) الذي سار عليه القانون المدني الجزائري وأغلب القوانين المدنية العربية ؛ لأن كلمة الإستيلاء المأخوذة من القانون المدني الفرنسي (م 539) توحي في عموميتها بأن الأمر فيه إكراه أو غصب أو إستحواذ بدون مسوغ، في حين أن المراد بالإحراز هو وضع اليد على منقول مباح لا مالك له بقصد تملكه، بالسيطرة المادية الفعلية لمحرزه، بالطرق السلمية النظامية.

[2] - المادة 2/2 من القانون رقم 11/91 المؤرخ في 1991/04/27، المتضمن القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، المعدل والمتمم.

[3] - :"إن إستيلاء الدولة الفعلي على العقار المستولي عليه، بمجرد صدور قرار الإستيلاء، وفقا للإجراءات التي يوجبها قانون نزع الملكية للمنفعة العامة، يستوجب مسؤوليتها عن التعويض ؛ ومن ثم فإن قرار الإستيلاء لا يعدو أن يكون إجراءا تنظيميا قصد به تحقيق المصلحة العامة والعدالة."
انظر نقض مدني مصري، 1991/05/23، طعن رقم 486 لسنة 55 ق ؛ 1965/11/16، س 16، ص 1059 ؛ وراجع سابقا القيود الواردة على حق الملكية.

بقصد التنازل عن ملكيته ؛[1] فإذا حازه شخص فعليا آخر بنية تملكه بدأ وجوده القانوني طبقا لأحكام المادة 773 من ق.م.

فالإستيلاء كسبب لإكتساب الملكية هو عمل مادي يتحقق عن طريق السيطرة الفعلية على شيء مباح لا مالك له، بوضع اليد عليه، وتكون هذه الحيازة بالسيطرة المادية الفعلية بنية تملك هذا الشيء ؛[2] كتملك ما ينبت في الأراضي غير المملوكة من عشب وحطب بالرعي والإحتطاب، وتملك الطيور في الهواء بصيدها وهكذا.

فالإستيلاء في القانون المدني الجزائري، **لايرد إلا على المنقولات المباحة التي لا مالك لها، بوضع اليد عليها بنية تملكها** ؛ ذلك أن العقارات لا يمكن أن تكون بغير مالك، فيما عدا جواز إحراز أراضي الموات في الفقه الإسلامي بترخيص من الدولة ؛ **لأن العقارات التي لا مالك لها تكون مملوكة للدولة**، والنصوص القانونية العقارية الخاصة التي تنظم ذلك.[3]

وعلى هذا، فإنه **تعتبر ملكا من أملاك الدولة جميع الأموال الشاغرة** (Biens vacants) **التي مالك لها أو مجهولة المالك**،[4] وكذلك أموال الأشخاص الذين يموتون من غير وارث أو الذين تهمل تركتهم، وهي التركات الشاغرة (Successions sans héritiers ou abandonnées).[5] ومن ثم، فإن العشب والأشجار قبل الإحراز تعد ملكا للدولة بالتبعية، لملكيتها للأراضي غير المزروعة التي

---

[1] - Voir Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil, op.cit, N° 45 et s; Leveneur L, Situation de fait et droit privé, LGDJ, Paris, 1990, p 20 et s.

[2] - Cf. Cornu (G), Droit civil, Introduction, Les personnes, Les Biens, 7° éd, Montchrestien, Paris, 1994, N° 1055 et 1668.

[3] - أنظر المادة 4/180 من ق.أ ؛ و14 و51 من القانون رقم 30/90 المؤرخ في 1990/12/01 المتضمن قانون الأملاك الوطنية، المعدل بالقانون رقم 14/08 المؤرخ في 2008/07/20 ؛ والمادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 65/91 المؤرخ في 1991/03/02. راجع للإستزادة: **سماعين شامة**، النظام القانوني للتوجيه العقاري، دار هومه، 2003، ص 2 و17 ما بعدها.

[4] - **المحكمة العليا**، غ.م، 1987/07/11، ملف رقم 44038، م.ق، 1991، العدد4، ص 216 ؛ **مجلس الدولة الجزائري**، غ4، 2002/05/27، ملف رقم 369/004، م.م.د، 2002، العدد2، ص 114 ؛ 1999/05/31، ملف رقم 167619، غير منشور.

[5] - كما هو الشأن، في حالة إذا لم يكن للعقار المتروك مالك معروف، أو توفي مالكه دون أن يترك وارثا، أو تخلى أحد الورثة عن حصته. راجع د. **بلحاج العربي**، أحكام التركات والمواريث وفق قانون الأسرة الجزائري الجديد، دار هومه، ط2، 2015، ص 357 وما بعدها.

لا مالك لها[1]. وفي هذا نصت المادة 773 صراحة على أنه : "تعتبر ملكا من أملاك الدولة جميع الأموال الشاغرة التي ليس لها مالك، وكذلك أموال الأشخاص الذين يموتون من غير وارث، أو الذين تهمل تركتهم".

وانطلاقا من أحكام الفقه الإسلامي الذي يفرق في الإستيلاء بين إحراز المنقول المباح، وإحراز العقار المباح (إحياء أراضي الموات)، فإننا سنقوم بتوضيح ذلك بعرض كل منهما على حدة فيما يلي :

2- إحراز المنقول المباح :

يجوز وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية إحراز **المنقولات المباحة التي لا مالك لها، بوضع اليد عليها، بنية تملكها**، باعتبارها من الأموال المباحة غير المملوكة لأحد ؛ فمن استولى عليها على سبيل الإستئثار بقصد تملكها، يصبح مالكا لها في الحال (م1/1 و773 من ق.م) : كالمياه العامة في الترع والأنهار والمنابع، والأسماك في البحار، والغزلان في البراري، والطيور الطليقة في الفضاء ؛ وكالأكسجين في الهواء، وأشعة الشمس، وكالحطب والآجام، والكلأ والحشائش، في الغابات غير المملوكة لأحد.

فالإستيلاء كسبب لكسب الملكية، **يرد في الأصل على منقول غير مملوك لأحد، إما لكونه مالا مباحا إبتدءا** (كما في الطيور في الهواء، والأسماك في البحار...) ؛ **وإما لأنه أصبح كذلك بعد زوال الملكية عنه**، من جراء التخلي عنه من مالكه، بقصد النزول عن ملكيته (Les épaves volontairement abandonnées)، وهي **المنقولات المتروكة التي تخلى عنها أصحابها** (كإلقاء شخص لأثاث قديم يخصه في الشارع متخليا عن ملكيته).

فإن التخلي عن منقول، بقصد النزول عن ملكيته يجعله من المنقولات المباحة في القانون المدني الجزائري، ولا يشترط لسقوط ملكيته صاحبه عنه أن يستولي عليه الغير. في حين أن العقار الذي تخلى عنه صاحبه، تبقى

---

[1] - أنظر ليلى زروقي وحمدي باشا، المنازعات العقارية، دار هومه، ط2، 2014، ص 244 وما بعدها ؛ اعمر يحياوي، منازعات أملاك الدولة، الدار نفسها، ط2، 2004، ص 67 وما بعدها.

ملكيته لصاحبه قانونا، ولو أظهر نيته بالتنازل عن ملكيته ؛ طالما أن ملكيته لم تنتقل إلى الغير وفقا للإجراءات التي ينص عليها القانون بالتسجيل والشهر العقاري (م 324 و324 مكررا 1 و324 مكرر2 و793 من ق.م وم 12 من الأمر رقم 91/70 المؤرخ في 1970/05/03 المتضمن قانون التوثيق)، أو تكتسب إكتسابا مشروعا (م 827 و828 من ق.م)[1].

ومن ثم، يختلف الإستيلاء (L'occupation) عن الحيازة (Possession) كسبب لكسب الملكية، لأن هذه الأخيرة ترد على مال مملوك للغير، سواء كان الحائز يعلم بذلك، أم كان يعتقد على خلاف الحقيقة، أنه صاحب الحق في هذا المال (م 808 إلى 843 من ق.م).[2]

أولا : عناصر إحراز المنقول المباح

يتضح لنا مما سبق بيانه، أن عناصر تملك المال المنقول المباح بالإستيلاء، كسبب لكسب الملكية، تستوجب في القانون المدني الجزائري قيام ثلاثة أركان أساسية هي كالآتي :

أ- الركن المادي :

وهو الذي يتمثل في ضرورة **الحيازة الفعلية للشيء محل الإستيلاء**، بوضع **اليد على هذا الشيء**، بالطرق النظامية السلمية، بعيدا عن العنف والغصب والإكراه ؛ على منقول لا مالك له، بنية تملكه (وهي الواقعة المادية).

فإحراز المال المباح عمل مادي وليس تصرف ؛ وهو إما أن يكون حقيقيا بوضع اليد على الشيء، أو حكميا كإقتناص الحيوان وإحرازه

---

[1] - أنظر **المحكمة العليا**، غ.ع، 2009/11/12، ملف رقم 491615، إق.غ.ع، م.ق، 2010، عدد خاص، ج3، ص 240 ؛ 2009/11/12، ملف رقم 549408، المجلة نفسها، ص 231 ؛ تعليق أ. **بلعربية فاطمة الزهراء**، ص 247 ومابعدها ؛ الغرف المجتمعة، 1997/02/27، ملف رقم 136156، م.ق، 1997، عدد1، ص10 ؛ تعليق د. **علي فيلالي** ود. **لحلو غنيمة**، المجلة الجزائرية، جامعة الجزائر، 1997، العدد 3، ص 715 ؛ د. **يونسي نادية**، المجلة نفسها، 1997، العدد4، ص 1169. وراجع أ. **حمدي باشا عمر**، نقل الملكية العقارية، دار هومه، الجزائر، 2013، ص 119 وما بعدها ؛ أ. **محمد الحبيب الطيب**، الشهادة التوثيقية، إق.غ.ع، م.م.ع، عدد خاص، ج3، 2010، ص 35.
Voir Belarbia (F-Z), Le transfert de propriété, Rev. Cour suprême, N° Spécial, t.3, 2010, P 256.

[2] - راجع لاحقا الحيازة كسبب لكسب الملكية.

بالصيد أو بالشباك وغيرها.[1] فالإستيلاء في أساسه هو عمل مادي، يتحقق عن طريق السيطرة الفعلية على شيء مباح، دون سائر الناس، وتكون هذه الحيازة الفعلية مقرونة بنية تملك هذا الشيء[2].

وانطلاقا من هذا، **يقتصر إحراز المنقول المباح كسبب للملكية، على الأشياء المادية دون الأشياء المعنوية**، لأن الأولى وحدها هي التي تقبل السيطرة المادية الفعلية، أي تقبل إستحواذ المحرز عليها بالمعنى السابق؛ وذلك لأن الأشياء المادية على نحو التحديد السابق، هي وحدها التي تقبل السيطرة المادية الفعلية.[3] فإذا مزق كاتب رواية أو قصة كتبها ثم رماها في الشارع مثلا، فلا يكتسب من استولى على الأوراق المتضمة لهذه الرواية أو القصة سوى ملكية البقايا المادية من الأوراق الملقاة، دون أن يكتسب ملكيتها الفكرية؛ وذلك لأن الملكية الذهنية والحقوق المعنوية الأدبية لا يجوز تملكها قانونا بالإستيلاء عليها أو بالحيازة.

فإن الأشياء المعنوية غير المادية، كالحقوق الشخصية، والحقوق الأدبية؛ وحقوق الملكية الفكرية والحقوق المجاورة، كالإنتاج الفكري، أوالذهني، أو الفني، أو البراءات...، لا يجوز الإستيلاء عليها، أو تملكها بالحيازة وفقا لأحكام القانون الجزائري[4].

والصيد جائز شرعا وقانونا لإحراز الأسماك من البحار والأنهار، والحيوانات غير الأليفة، التي لا مالك لها في البراري والصحاري (Les produits de la chasse es de la pêche)،[5] لقوله تبارك وتعالى:

---

[1] - المادة 1247 من مجلة الأحكام العدلية.

[2] - د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج9، ص 17؛ د. عبد المنعم البدراوي، الحقوق العينية الأصلية، ص 414.

[3] - Voir M. Muller, L'acquéreur de bonne foi d'un meuble, R.T.D.Civ, 1989, p 697 et s.

[4] - فالحق الشخصي في القانون المدني الجزائري، لا يصلح قانونا أن يكون محلا للإستيلاء أو للحيازة، لأن موضوعه ليس شيئا ماديا؛ باستثناء الديون الثابتة في السندات لحاملها.
انظر: د. بلحاج العربي، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، دار هومه، المصادر الإرادية، ج1، ط2، 2016، ص 32؛ وراجع لاحقا موضوع الحيازة كسبب لإكتساب الملكية ضمن هذا الكتاب.

[5] - Voir dans ce contexte, Colas-Belcour F et Guilbaud J, La chasse et le droit, Litec, Paris, 15° éd, 1999; Guilbaud J et Le Bihan P , La pêche et le droit, Litec, Paris, 4° éd, 1992.

أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم وللسيارة وحرم عليكم الصيد ما دمتم حرما..."[1]. والحق في صيد البر والبحر تنظمه في الجزائر أنظمة وقوانين خاصة، والتي منها على الخصوص القانون رقم 07/04 المؤرخ في 2004/08/14 المتعلق بقانون الصيد[2].

ب- الركن المعنوي أو النفسي :

وهو قصد التملك، بأن **تتوافر نية التملك لدى المحرز في الإحراز** الحقيقي أو الحكمي، أي **نية إضافته إلى ذمته المالية**، لأن الأمور بمقاصدها ؛ فمن أحرز منقولا لا مالك له بنية تملكه ملكه، بأن يكون واضع اليد على المنقول المباح الذي لا مالك له مدركا واعيا.

ويعتبر وضع اليد في الإستيلاء قرينة على توافر نية التملك، حتى يقوم الدليل القانوني على عكس ذلك. ومن ثم، لا يستطيع قانونا عديم التمييز أن يمتلك منقولا بإحرازه، لإنعدام نية التملك لديه، بسبب انعدام التمييز.

ج- محل الإحراز :

بأن ينصب الإستيلاء على شيء غير مملوك لأحد، وهي **المنقولات المباحة التي لا مالك لها** (Les choses sans maître)، أي المنقولات الشاغرة أو السائبة إبتداءا التي لم يسبق (كالماء العام في الأنهار، والأسماك في البحار، والطيور في الهواء...)، أو نتيجة التخلي عنها من مالكها بقصد النزول عن ملكيتها (كالأمتعة والأثاث والأطعمة التي يخلى أصحابها عنها، بقصد التنازل عن ملكيتها...) ؛ فيتم تملكها بإحرازها (بالحيازة الفعلية)، لأنها أموالا مباحة في الأصل لم يسبق إلى إحرازها شخص آخر.

فإذا إستولى عليها المحرز ملكها وحده بالإستيلاء، لأنه من سبقت يده إلى مال مباح فهو له شرعا وقانونا، ولم يستطع غيره أن يمتلكها إلا عن طريقه، بسبب ناقل للملكية كالبيع مثلا ؛ وفي هذا ورد قوله صلى الله عليه وسلم : **"لأن يأخذ أحدكم حبلا فيأخذ حزمة من حطب، فيبيع فيكف الله بها وجهه، خير له من أن يسأل الناس أعطى أو منع"**[3].

1- **سورة المائدة**، الآية 96.
2- **الجريدة الرسمية**، العدد 51، لسنة 2004.
3- **متفق عليه**، أنظر **الألباني**، غاية المرام تخريج أحاديث بلوغ المرام، رقم 156.

إن الأموال المنقولة المباحة، غير المملوكة لأحد، هي التي يمكن تملكها بالإحراز، أي بوضع اليد عليها بالإستيلاء[1]، لقوله صلى الله عليه وسلم : "من سبقت يده إلى مباح فهو له"[2]، لأن الناس جميعا شركاء في الأموال المباحة التي لا مالك لها (وهي مما يشترك الناس في الإنتفاع بها)، شركة إباحة لا شركة ملك[3]، لقوله عليه الصلاة والسلام :"**الناس شركاء في ثلاث : الماء والكلأ والنار**"[4].

فإذا كانت هذه الأشياء في أرض مملوكة لأحد، كانت ملكا لصاحبها، فلا يجوز الاستيلاء عليها بالإحراز إلا بإذنه، كالكلأ الذي ينبت في أرض مملوكة بعلاج صاحبه بالزراعة والسقي والعناية ؛ والمياه الخاصة في أرض مملوكة لصاحبها بإذن أصحابها ؛[5] وذلك لأن الإستيلاء كما ذكرنا، إنما يكون في المال المباح غير المملوك لأحد[6].

وقد اعتبر المشرع الجزائري في المادة 2/692 من ق.م، على أنه : تعتبر **جميع موارد المياه ملكا للجماعة الوطنية، أي ملك من أملاك الدولة، ولا تعتبر بأي حال ملكية خاصة** ؛ فلا يجوز حرمان أحد من سقي أرضه وبستانه من مجرى المياه، لأن مياه المنابع تشكل جزءا من الملكية العامة للري، وأن المياه الطبيعية باعتبارها ملكية عامة تستغل بموجب عقد إمتياز (م 2 و20 من القانون رقم 17/83) ؛ وهو ما سار عليه إجتهاد المحكمة العليا ؛[7] وهو ما

---

[1] - أنظر د. **عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط، ج9، ص 23 ؛ د. **محمد سوار**، الحقوق العينية الأصلية، أسباب كسب الملكية، ج2، ص 15، فقرة 7 وما بعدها ؛ د. **نبيل سعد**، الحقوق العينية الأصلية، ص 245 ؛ د. **محمد منصور**، الحقوق العينية الأصلية، ص 347.

Voir M. Rémond-Gouillot, Ressouces naturelles et choses sans maître, D, 1985, Chron, 27.

[2] - رواه أبو داود والبيهقي والطبراني.

[3] - د. **بلحاج العربي**، الوجيز في الحقوق العينية في ضوء الفقه الإسلامي، ص 123 وما يليها ؛ معالم نظرية الشركة لدى فقهاء الشريعة الإسلامية، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، الرياض، 1998، العدد39.

[4] - رواه أحمد، وأضاف أبو داود في روايته " والملح" ؛ أنظر سبل السلام للصنعاني، ج3، ص 86.

[5] - د. **بلحاج العربي**، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، المرجع المذكور، فقرة 1163 وما بعدها.

[6] - فإن الاستيلاء يرد على المنقول المباح الذي لم يسبق تملكه من أحد، نظرا لأن الشيء المستولي عليه مباح لا مالك له بنية تملكه، فلا يكون في وضع اليد عليه أي إعتداء على ملكية أحد ؛ فهو طريقة منشئة أصلية تكتسب ملكية الشيء إبتداءا من الناحية القانونية.

Voir Weill (A), Terré (F), Simler (Ph), Droit civil, Les Biens, op.cit, N° 398 et s ; Malaurie (Ph) et Aynès (L), Les Biens, op.cit, N° 590 et 598.

[7] - "**من المقرر قانونا، أن جميع موارد المياه تعتبر ملكا للجماعة الوطنية (م 2/692 من ق.م) ؛ ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير وجيه.** ولما كان من الثابت في قضية الحال، أن قضاة

نظمه التشريع الجزائري في القانون رقم 17/83 المؤرخ في 1983/07/16 المتضمن قانون المياه الذي نظم كيفية إستغلال وتوزيع المياه بصفة عقلانية[1]، والأمر رقم 73/71 المؤرخ في 1971/11/08 المتضمن ميثاق الثورة الزراعية.

وهي أحكام تساير ما ذهبت إليه قواعد الشريعة الإسلامية، من أن الماء مباح في الأصل، والمباح يمتلك بالإحراز، غير أنه مملوك للجماعة مما ينتفع به كافة الناس **شركة إباحة لا شركة مالك**، لما ثبت في الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه : **"نهى عن بيع فضل الماء إلا ما حمل منه"**[2].

وفي نفس السياق، تعتبر الحيوانات غير الأليفة بالصيد، لا مالك لها قانونا ما دامت حرة طليقة في البراري، ومن ثم يمكن تملكها بالاستيلاء عليها فعليا بإحرازها عن طريق عملية الصيد ؛ وهذا بخلاف الطيور والحيوانات الأليفة غير السائبة، أو تلك الموجودة في المحميات الطبيعة، التي لا يجوز تملكها بالإستيلاء عليها وحيازتها بنص القانون الذي يحظر صيد بعض الحيوانات والطيور في هذه المحميات الطبيعية.

ومسألة تقدير ما إذا كان الحيوان من الحوانات الأليفة المملوكة، أو من الحيوانات غير الأليفة (السائبة) التي لا مالك لها، يجوز تملكها بالإستيلاء عليها، هي من مسائل الواقع التي يستقل قضاة الموضوع بتقديرها دون رقابة عليهم من المحكمة العليا.

ثانيا : حكم اللقطة

إن المنقولات الضائعة أو المفقودة، التي يفقدها صاحبها بسبب غير إرادي، لا تعتبر لا مالك لها (Les épaves ou les choses perdues dont le propriétaire ne se représente pas)[3]، بل تظل على ملك صاحبها إن كان معلوما بعينه، لأنه لم يقصد

الإستئناف لما حكموا بالسماح للمطعون ضده بسقي أرضه وبستانه من مجرى المياه المتنازع عليه، يكونوا بقضائهم قد طبقوا القانون التطبيق الصحيح، ومتى كان كذلك إستوجب رفض الطعن."

راجع **المحكمة العليا**، غ.م، 1988/05/11، ملف رقم 53572، م.ق، 1991، العدد1، ص 17 ؛ 2001/07/25، ملف رقم 211512 ؛ 2009/02/11، ملف رقم 495696.

[1] - الجريدة الرسمية، في عددها 30، لسنة 1983، ص 1270.

[2] - رواه أبو عبيدة رضي الله عنه.

[3] - Les épaves terrestres sont des objets de toutes sortes, perdus par leur propriétaire, et retrouvés par un autre que lui, non enfouis intentionnellements, objets oubliés ou

النزول عن ملكيتها ؛[1] فإذا عثر عليها أحد وجب عليه تعريفها، والإبلاغ عنها لدى السلطات المختصة، ويشهد ذوي عدل على أماراتها، والإحتفاظ بها سنة إلى أن يردها إلى مالكها ؛[2] وإن احتفظ بها لديه بإخفائها بنية تملكها، اعتبر مرتكبا لجريمة خيانة الأمانة، أي سارقا من الناحية الشرعية والقانونية.[3]

فاللقطة هي الشيء المنقول الذي يعثر عليه على سطح الأرض دون أن يعرف مالكه، فهي أمانة في يد ملتقطها إلى أن يردها إلى صاحبها، الذي يعطي علاماتها ووصفها ؛ وتقع عليه مسؤولية في الحفظ والحراسة والتصرف. فإذا كانت من الأشياء التي تفسد إن بقيت بمرور الزمن، يكون له التصرف فيها بالبيع، والإحتفاظ بقيمتها أي بالثمن الذي تم بيعها به لحين معرفة صاحبها[4].

فإذا وقع اليأس من معرفة صاحبها بعد سنة، رغم الإعلان الكافي عنها، جاز للملتقط تملك المنقول المعثور عليه والإنتفاع به، باعتباره ملكا قهريا من حين تم الحول على إلتقاطه، لأنه رزق من الله تعالى ساقه إليه، مع التصدق ببعضه على الفقراء ؛[5] ولكن إن ظهر صاحبها بعدئذ وجب ضمانه، لأن المال الضائع أو اللقطة، لا يمتلك بمجرد الإستيلاء عليه، بل يجب الإبلاغ عنه والتعريف به لمدة سنة، ومن ثم رده إلى مالكه إن كان معلوما.[6] فتعاد اللقطة إن كانت قائمة، أو يعاد إليه ثمنها إذا كانت قد بيعت، فلا يكون الشخص الذي إلتقط الشيء قد تملكه في أي لحظة، بسبب ظهور مالكه الحقيقي.[7]

égarés, animaux échappés…, le véritable propriétaire est toujours en droit de recouvrer l'objet égaré. La solution relève du droit civil, mais non sans interférence de règlements administratifs.

Pour les épaves maritimes ou fluviales (objets ou restes d'un bateau jetés à la mer), la question est résolue par les lois spéciales.

Cf .Planiol (M), Ripert (G) et Picard, Traité Pratique du droit civil Français, T.3 , Les biens, N° 589 et s ; Cuillieron M, Revendication des meubles perdus ou volés, RTDCiv, 1986, p 504 et s ; Malabard, La notion d'épave, Thèse, Paris, 1939.

[1] - Voir Vadamme (M), La Revendication des épaves terrestres, RTDCiv, 1943, p 157 et s

[2] - المادة 1079 مدني أردني، و1208 مدني إماراتي، و1237- 1247 مدني سوداني.

[3] - نقض جنائي مصري، 1959/04/27، س 10، ص 495 ؛ 1936/04/30، رقم 1175، س 6 ق.

[4] - إبن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص 301 ؛ إبن قدامة، المغني، ج5، ص 631.

[5] - وهو قول المالكية والحنابلة. أنظر علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، ص 261 ؛ د. عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، ص 210.

[6] - نقض مدني مصري، 1988/11/20، رقم 479 لسنة 53 ق.

[7] - الملتقط ضامن بالمثل للقطة خلال سنة، ولو تملكها، فإذ ظهر صاحبها وجب على الملتقط ردها بعلاماتها ووصفها خلال المدة المذكورة، ولا يكلف صاحبها ببينة ؛ أو إسترداد ثمنها إذا كان الملتقط قد باعها.

ونلاحظ بأن الأشياء المتروكة (Les choses Abandonnées) والأشياء المفقودة (Les choses sans possesseur)، تشترك بزوال حيازة صاحبها لها ؛ غير أنها تختلف في أن الأولى يتخلى فيها المالك عن حيازتها بنية النزول عن ملكيتها، أما الثانية فيفقد صاحبها حيازتها دون نية النزول عن ملكيتها، إما بسرقة المنقول أو بضياعه ؛ وتشمل هذه الأخيرة أحكام اللقطة والكنز.

ثالثا : حكم الكنز والمعادن

أشرنا سابقا عند معالجة القواعد المتعلقة بأحكام الكنز، بأنه يكون الكنز لصاحب الأرض، وعليه دفع الخمس لبيت مال المسلمين (الخزينة العامة).

فإن الكنوز المدفونة أو المخبوءة بفعل الإنسان أو بفعل حادث في باطن الأرض (Les trésors)[1]، التي يعثر عليها في أرض مملوكة لشخص معين، تكون مملوكة له بالإستيلاء باعتبارها جزءا من الأرض المملوكة، لأن **الأرض إذا ملكت ملكت بجميع أجزائها الجوهرية، بما فوقها وما تحتها** ؛ ويجب عليه في الفقه الإسلامي أن يخرج خمس الغنيمة فيما وجد لبيت المال (الخزينة العامة) ، لقوله صلى الله عليه وسلم : **"في الركاز الخمس"**[2].

إن القانون المدني الجزائري يقيم قرينة على أن ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها، إلى الحد المفيد في التمتع بها علوا أو عمقا، بحيث يعتبر المالك متملكا لما يوجد في أيهما بنفس سبب وسند ملكية للأرض ؛ مما يجعل ملكية الكنز لمالك العقار الذي تم العثور عليه فيه (م 675 من ق.م)[3].

Voir Cuillieron M, Revendication des meubles perdus ou volés et protection possessoire, RTDCiv, 1986, p 504 et s.

[1] - فإذا وجد المنقول ظاهرا على سطح الأرض، وليس مدفونا في باطن الأرض، فلا يعد كنزا بل يعد من الأشياء الضائعة ؛ وتطبق عليه قانونا أحكام اللقطة.

[2] - **متفق عليه**، أنظر سبل السلام للصنعاني، ج2، ص 316.

[3] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 1989/11/20، ملف رقم 52627، م.ق، 1990، العدد4، ص 150 ؛ 2001/02/28، ملف رقم 207261 ؛ 1993/05/26، ملف رقم 96819 ؛ 1988/10/26، ملف رقم 48167، م.ق، 1990، العدد3 ؛ 1983/04/27، ملف رقم 26244.[3]

- من المقرر قانونا أن **كل ما على الأرض أو تحتها، من بناء أو غراس، يعد من عمل صاحبها، ويكون مملوكا له**، ما لم تقام البينة على أن شخصا أجنبيا أقام المنشآت المستحدثة على نفقته. ومن ثم، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون..."أنظر **المحكمة العليا**، غ.م، 1989/11/20، ملف رقم 52627، المشار إليه.

وذلك أن الغالب أن يكون مالك العقار هو الذي قام بإخفائه ودفنه في باطن أرضه، ولكن إذا استطاع شخص إثبات ملكيته بأن قام بإخفائه رغبة منه في المحافظة عليه، فإنه يكون ملكا له، ولا يكون لمالك العقار الذي دفن فيه[1].

وهذا، مع ضرورة مراعاة **القيود القانونية الخاصة بالأشياء التاريخية الأثرية التي هي ملك للدولة الجزائرية**، أي ملك للمجموعة الوطنية، ولا تعتبر بأي حال ملكية خاصة، ولو تم العثور عليها في أرض مملوكة لشخص معين[2].

وهذا دون إغفال، **حكم المعادن الثمينة التي يتم العثور عليها**، كما رأينا سابقا، وفقا للأنظمة والقوانين والمراسيم الجزائرية الخاصة التي تقضي بأن: **جميع الثروات المركوزة في باطن الأرض أو في ظاهرها، أو في المياه الإقليمية الجزائرية هي ملك للدولة**، ولو وجدت في أرض مملوكة، وفقا لما تبينه القوانين الخاصة.[3] وعلى الخصوص أحكام القانون رقم 06/84 المؤرخ في 1984/01/07 الذي ينظم **الأنشطة المنجمية**، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10/01 المؤرخ في 2001/07/03[4]، وكذا الأمر رقم 10/06 المؤرخ في 2006/07/20 المتعلق بالمحروقات، الذي يعدل ويتمم القانون رقم 07/05 المؤرخ في 2005/04/28[5].

3- إحراز العقار (أراضي الموات):

القاعدة في التشريع العقاري الجزائري كما أشرنا، **هي عدم جواز الإستيلاء على العقار، وذلك لأن العقارات الشاغرة التي لا مالك لها تكون ملكا للدولة وفقا لأحكام المادة 773 من ق.م** (Les immeubles vacants relèvent du domaine public)[6].

---

[1] Voir Weill (A), Terré (F), Simler (Ph), Droit civil, Les Biens, op.cit, N° 406 et s ; Malaurie (Ph) et Aynès (L), Les Biens, op.cit, N° 592 et 594.-

[2] - وعلى هذا، نصت المادة 16 من الأمر رقم **281/67** المؤرخ في **1967/12/20** المتعلق بالحفريات وحماية الأماكن والآثار التاريخية الوطنية، على أنه: يجب على من عثر على البقايا القديمة أو الأشياء الأثرية؛ وكذا على صاحب العقار الذي تم فيه العثور أن يصرحا بذلك حالا إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي، الذي يخبر بهذا العثور مدير الدائرة الأثرية وعامل العمالة الذين يعلمان الوزير المكلف بالقطاع.

[3] - تعرضنا سابقا لحكم الكنوز والمعادن الثمينة بصفة موجزة، ضمن موضوع نطاق حق الملكية؛ فلا داعي للتكرار هنا.

[4] - الجريدة الرسمية، العدد 35، المؤرخة في 2001/07/04.

[5] - الجريدة الرسمية، العدد 48، المؤرخة في 2006/07/30.

[6] - العقارات التي لا مالك لها ملك للدولة، وفقا لمقتضيات المادة 773 من ق.م.

فالأرض هي ملك لمن يخدمها، وفقا لأحكام المادة 1/692 من ق.م، فلا يقع وضع اليد على العقارات الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية، بهدف نقل ملكيتها للخواص لإستغلالها واستصلاحها، إلا بترخيص من الدولة، وهي التي تحدد قانونا حقوق المنتجين وواجباتهم.

ومن ثم، فإن **الدولة تعد مالكا للأراضي الشاغرة التي لا مالك لها، كتلك التي تركها المعمرين الفرنسيين، أو مجهولة المالك؛ كما أنها وارث للعقار الذي ليس له وارث شرعي**، من قرابة أو عصبة (م 4/180 من ق.أ)؛[1] وهي الوارث القانوني أيضا للملكية العقارية الشاغرة للمالك الأجنبي، إذا لم يكن معروفا أو أنه تخلى عنها أو تركها أو أهملها[2].

وعلى ذلك، **لا تصلح العقارات على التحديد السابق، لأن تكون محلا للإستحواذ عليها بالإستيلاء** في القانون العقاري الجزائري؛ لأن العقارات قد نظمها المشرع الجزائري وهي: إما أن تكون ملكا عاما للدولة (أملاك الدولة)، أو للخواص (الأملاك العقارية الخاصة)، أو للأشخاص الإعتبارية العامة أو الخاصة، أو تابعة للأوقاف، أو عقارا صناعيا مخصصا للإستثمار الوطني أو الأجنبي...؛ ومن ثم، تكون **العقارات التي لا مالك لها ملك للدولة**، وفقا لعموم نص المادة 773 من ق.م. وبالتالي ينحصر نطاق الإستيلاء ومجاله في المنقولات المباحة التي لا مالك لها كما أشرنا.

---

[1] - أنظر د. **بلحاج العربي**، أحكام التركات والمواريث وفق قانون الأسرة الجزائري الجديد، دار هومه، ط2، 2015، ص 357 وما بعدها؛ د. **عبد الله الرشيد**، تركة من لا وارث له، مجلة العدل، الرياض، 1422ه، العدد14، ص 31 وما بعدها.

[2] - المادة 14 و51 من القانون رقم 30/90 المؤرخ في 1990/12/01 المتضمن قانون الأملاك الوطنية، المعدل بالقانون رقم 14/08 المؤرخ في 2008/07/20؛ والمادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 65/91 المؤرخ في 1991/03/02.

"من المقرر قانونا أن العقار الذي لا مالك يكون مالكا للدولة، وأن الدولة هي الوارث القانوني للملكية الشاغرة للمالك الأجنبي." **المحكمة العليا**، غ.م، 1987/07/11، ملف رقم 44038، م.ق، 1991، العدد4، ص 216.

وراجع أيضا: **مجلس الدولة**، غ4، 2002/05/27، ملف رقم 369/004، م.م.د، 2002، العدد2، ص 114؛ 1999/05/31، ملف رقم 167619، غير منشور؛ وراجع أ. **ليلى زروقي وأ. حمدي باشا**، المنازعات العقارية، دار هومه، الجزائر، ط2، 2014، ص 244 وما بعدها.

وعلى ذلك، يقوم حق الدولة في تملك العقارات الشاغرة التي ليس لها مالك، طبقا للإجراءات القانونية المحددة قانونا، والتي منها المعاينة للأملاك الشاغرة، وإثبات حالة الشغور، لتأسيس قرارها بالإستيلاء عليها[1].

ومن المعلوم أن التشريع الجزائري قد نظم بعد الإستقلال الملكية العقارية، بمختلف أصنافها القانونية، سواء كانت من الأملاك الوطنية او الأملاك الخاصة أو الأملاك الوقفية (م 23 من القانون رقم 25/90)، بنصوص تشريعية وتنظيمية شاملة.

ومن هذه النصوص التشريعية : القانون رقم 84/11 المؤرخ في 2011/02/17 المتضمن للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية ؛ والقانون رقم 25/90 المؤرخ في 1990/11/08 المتضمن التوجيه العقاري،[2] المعدل والمتمم بالقانون رقم 03/91،[3] والقانون رقم 11/91، والأمر رقم 26/95 المؤرخ في 1995/09/25 ؛[4] سواء كانت العقارات من العقارات المبنية وغير المبنية، أو العقارات السكنية الحضرية، وكذا العقارات التجارية والصناعية ؛ بما فيها الأراضي الزراعية وغير الزراعية، وكيفية حيازتها، وكيفية تنازل الدولة عنها (العقار الفلاحي) ؛ ونظم أيضا الأوقاف الأراضي الموقوفة (م 213 إلى 220 من ق.أ ؛ والقانون رقم 10/91 المؤرخ في 1991/04/27 المتعلق بالأوقاف، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07/01، وبالقانون رقم 10/02.

كما أنه نظم المشرع الجزائري الأملاك العقارية الوطنية، والحقوق المنقولة التابعة لأملاك الدولة، وجماعاتها المحلية كالولاية والبلدية والأملاك الغابية الوطنية، في شكل ملكية عمومية أو خاصة، ضمن القانون رقم 30/90 المؤرخ في 1990/12/01 المتضمن قانون الأملاك

---

[1] - المحكمة العليا، غ.م، ملف رقم 38213، م.ق، 1990، العدد 1، ص 200 ؛ انظر سماعين شامة، النظام القانوني للتوجيه العقاري، دار هومه، 2003، ص 2 و17 ما بعدها.
Voir Trigeaud J- M, La possession des biens immobiliers, Thèse, Paris, Economica, 1981, p 50 et s.

[2] - الجريدة الرسمية، العدد 49، بتاريخ 1990/11/18.

[3] - الجريدة الرسمية، العدد 21، بتاريخ 1991/05/08.

[4] - الجريدة الرسمية، العدد 21، بتاريخ 1991/05/08

الوطنية،[1] المعدل والمتمم بالقانون رقم 14/08 المؤرخ في 2008/07/26 ؛[2] كما أنه حدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية بالقانون رقم 11/91 المؤرخ في 1991/04/27،[3] المعدل والمتمم بالقانون رقم 21/04، والقانون رقم 12/07.

وتبقى أراضي العرش والبلديات المدمجة ضمن الصندوق الوطني للثورة الزراعية ملكا من أملاك الدولة، وفقا للمادة 18 و105 من القانون رقم 30/90 المعدل والمتمم بالقانون رقم 14/08 المتضمن قانون الأملاك الوطنية ؛ غير أن ذلك لا يحول دون تملك أراضي العرش عن طريق الحيازة، باعتبارها من الأملاك الخاصة للدولة التي يجوز للحائز بشأنها التمسك بالحيازة المؤدية للتملك عن طريق التقادم المكسب، والمطالبة بحمايتها في مواجهة الغير، طبقا للمادة 13 من الأمر رقم 26/95 المعدل والمتمم بالقانون رقم 25/90 المتضمن التوجيه العقاري.[4]

وجدير بالتنويه أنه **إذا وقعت الحيازة على عقار أو حق عيني عقاري، وكان غير مسجلا، واقترنت الحيازة بحسن النية، واستندت إلى سبب صحيح** ؛ فإن توافر المدة القانونية المقررة للحيازة تمنع قانونا من سماع الدعوى ؛ لأنه وفقا لأحكام المادة 827 من ق.م : **"من حاز منقولا أو عقارا أو حقا عينيا منقولا كان او عقارا، دون أن يكون مالكا له أو خاصا به، صار له ذلك ملكا، إذا استمرت حيازته له مدة خمس عشرة سنة بدون انقطاع".**[5]

---

[1] - الجريدة الرسمية، العدد 52، بتاريخ 1990/12/02. وقد حدد المرسوم التنفيذي رقم 455/91 المؤرخ في 1991/11/23 كيفية جرد الأملاك العقارية الوطنية.

[2] - وتعد الأملاك الغابية الوطنية جزءا من الأملاك التابعة للدولة وجماعاتها المحلية (م 12 من القانون رقم 12/84 المؤرخ في 1984/06/23 المتضمن النظام العام للغابات، المعدل والمتمم بالقانون رقم 20/91 في 1991/12/02).

[3] - الجريدة الرسمية، العدد 21، لسنة 1991.

[4] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2003/02/19، ملف رقم 239797، إق.غ.ع، م.م.ع، عدد خاص، 2010، ج3، ص 97 ؛ 2000/04/26، ملف رقم 196049، المرجع نفسه، ج2، 2004، ص 289.

[5] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2008/10/15، ملف رقم 479371، ن.ق، 2014، العدد67، ص 187 ؛ 2001/02/28، ملف رقم 205549، إق.غ.ع، م.م.ع، عدد خاص، 2004، ج2، ص 350 ؛ تعليق أ. **بوتارن فايزة**، المرجع نفسه، ص 366 ؛ وراجع لاحقا الحيازة كسبب لإكتساب الملكية في القانون المدني الجزائري ضمن هذا الكتاب.

والسبب الصحيح هو مستند أو حادث يثبت حيازة العقار ؛ ويعتبر سببا صحيحا : إنتقال الملك بالميراث أو الوصية، والهبة بين الأحياء، والبيع والمقاضة[1].

وقد حكمت المحكمة العليا في قرار مشهور لها أنه : لا يجوز الإستيلاء بأي حال، على الأمكنة والشقق المتنازع عليها، المخصصة فعلا للسكن، غير مصرح بشغورها. ومن ثم، فإن القرار الإداري المتضمن خلاف ذلك يعد مشوبا بعيب خرق القانون ؛ ومتى كان كذلك إستوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه لكونه مشوب بعيب خرق القانون[2].

أولا : التعريف بأراضي الموات :

يجوز وفقا لأحكام الفقه الإسلامي تملك أراضى الموات الخالية أو المنطوية، بوضع اليد عليها، أي بإحرازها وحيازتها من أجل إحيائها، بإذن من الدولة وفقا للوانين التي تنظم المسألة ؛ ولم يرد النص عليها في القانون المدني ضمن أسباب كسب الملكية، لكنه يحيل بشأنها المشرع الجزائري لأحكام الشريعة الإسلامية (م1/1 من ق.م).

فإن الشريعة الإسلامية تقر الإستيلاء على أراضي الموات (La terremorte)، باعتباره سببا من أسباب كسب الملكية، لما روي عن الرسول صلى الله عليه وسلم، من حديث جابر بن عبد الله، قوله عليه الصلاة والسلام : **"من أحيا أرضا ميتة فهي له"**[3]. وقوله صلى الله عليه وسلم : **"من أعمر أرضا ليست مملوكة لأحد فهو أحق بها"**[4].

والمقصود من أراضى الموات، **هي الأراضي البعيدة عن العمران، غير المملوكة لأحد، أي الأراضي المباحة**، غير المملوكة ولا موقوفة ولا أميرية ؛ وهي العقارات غير المبنية الخارجة عن حدود العمران السكني أو الزراعي لا إختصاص بها لا بملك ولا بإنتفاع. وهذا باعتبارها **أموالا شاغرة لا مالك**

1- المحكمة الإتحادية العليا الإماراتية، 2002/03/23، ملف رقم 23/72، م.أ.م.إ.ع.إ، 2002، العدد1، ص 678.

2- المحكمة العليا، غ.م، 1986/07/12، ملف رقم 42136، م.ق، 1990، العدد4، ص 168.

3 - موسوعة الحديث النبوي الشريف، الحديث رقم 79.

4 - اخرجه البخاري في صحيحه، عن السيدة عائشة رضي الله عنها، ج2، ص 30.

لها (أي أراض خالية سائبة أو بور)، يجوز الترخيص لأحد الأفراد باستصلاحها (أي بإحيائها وزراعتها وخدمتها) ؛ وفقا للأنظمة والقوانين واللوائح السارية المفعول في مجال الزراعة والتنمية الفلاحية الريفية ؛ لأن الأرض لمن يخدمها، أي لمن يحييها ويعتني بها بالإستصلاح والزراعة والإستثمار (م 1/692 من ق.م).

والله تبارك وتعالى يحيي الأرض بعد موتها، بإذنه عز وجل، ويساعده في ذلك، لقوله سبحانه : "واعلموا ان الله يحى الارض بعد موتها"[1]، وقوله عز وجل : "وينزل من السماء ماءً فيحي به الارض بعد موتها"؛[2] وقوله تعالى "وينزل من السماء ماء فيحي به الأرض بعد موتها"،[3] وقوله جل وعلا : "وآية لهم الأرض الميتة أحييناها"[4].

فإن أراضي الموات التي لا مالك لها، تكون ملكا للدولة، غير أنه يجوز تملك هذه الأراضي بحيازتها، بترخيص من السلطات المختصة[5]. ومعنى هذا أن من أحي أو عمر أرضا من أراضي الموات، بإذن من السلطات المختصة، كان مالكا لها شرعا وقانونا بإحرازها فعليا ؛ ويكون الأمر بإحياء أراضي الموات، بتعميرها وتحجيرها وزراعتها واستصلاحها وحفر الآبار فيها ؛[6] وللسلطة المختصة أن تأذن بإحياء الأرض على أن ينتفع بها المعني بالأمر دون تملكها[7].

ثانيا : شروط إحراز أرض الموات :

لا يجوز إحراز الأرض الموات، كسبب من أسباب كسب الملكية في الفقه الإسلامي، إلا بالشروط التالية :

---

[1] - سورة الحديد، الآية 17.

[2] - سورة الروم، الآية 24.

[3] - سورة الروم، الآية 24.

[4] - سورة يس، الآيات 33 إلى 35.

[5] - المواد 1272 إلى 1274 من مجلة الأحكام العدلية.

[6] - إن قدامة، المغني، ج5، ص 543 ؛ البهوتي، كشاف القناع، ج4، ص 204 ؛ الزيلعي، نصب الراية، ج4، ص 288 ؛ علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، ص 227 و228 ؛ الماوردي، الأحكام السلطانية، ص 172 ؛

[7] - د. محمد الزحيلي، إحياء الأراضي الموات، مركز النشر العلمي، جامعة الملك عبد العزيز، جدة، ط1، 1990 ؛ ص 31 وما بعدها.

1- أن تكون الأرض المقصودة بالإحياء خارجة عن دائرة حدود العمران السكنى أو الزراعي، لا مالك لها من الأفراد أو الأهالي، أي من الأراضي الشاغرة السائبة الخالية التي لا مالك لها ؛[1] كالأراضي الصحراوية والأراضي المنطوية البعيدة عن أقصى العمران، التي ليست بتصرف أحد، ولا هي مخصصة.

وذلك لأن العقارات أو الحقوق العقارية الحضرية للجماعات المحلية المخصصة للتعمير، تخضع من حيث حيازتها ونقل ملكيتها، للأحكام التنظيمية الخاصة الجاري بها العمل (م 2 و3 من المرسوم التنفيذي رقم 405/90 المؤرخ في 1990/12/22 المتضمن إحداث وكالات محلية للتسيير والتنظيم العقاري الحضري، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 408/03 المؤرخ في 2003/11/06)[2].

2- أن يحصل المعنى على ترخيص كتابي من الدولة، أي من السلطة المختصة، لأن الدولة هي صاحبة الأرض، لأنها مملوكة للدولة أصلا ؛[3] لأن أرضي الموات التي لا مالك لها تكون ملكا للدولة (م 773 من ق م) ؛ وهي المختصة بمنح العقارات الفلاحية الشاغرة لمن يقوم بإحيائها واستصلاحها واستثمارها.

3-أن يقوم من أحرزها بإحيائها ، أي بخدمتها وزرعها وغرسها والبناء عليها ، أي باستصلاحها وتحجيرها وحفر الآبار فيها ؛ فإن إحياء الأرض يتم بتحويطها وتحجيرها ، والبناء عليها ، وأن يكون القصد هو إحيائها بزراعتها واستصلاحها ؛ لأن التملك هنا هو تمليك بالإحياء.[4]

4- وهذا الحق موقوف على ثلاث سنوات متوالية ، من يوم صدور الإذن من السلطة المختصة، فان أحياها المعني بالأمر، وقام بتحجيرها وزراعتها واستصلاحها واستغلالها واستثمارها وفقا لإذن الإحياء، خلال هذه المدة فهو أحق بها ؛[5] لقوله صلى الله عليه وسلم فيما رواه جابر بن عبد الله : **"من أحيا أرضا ميتة فهي له"**[6].

---

[1] - المادة 1273 من مجلة الأحكام العدلية.

[2] - المحكمة العليا، غ.ع، 2002/03/11، ملف رقم 6110، ن.ق، 2006، العدد58، ص 275.

[3] - المادة 1272 من مجلة الأحكام العدلية.

[4] - المادة 1278 من مجلة الأحكام العدلية.

[5] - المادة 1279 من مجلة الأحكام العدلية.

[6] - موسوعة الأحاديث الصحيحة، حديث رقم 79.

فالإحياء الذي يرتب آثاره باكتساب الحق هو الإحياء الحقيقي الفعلي، حيث تتأكد السلطة المختصة من أن الإحياء قد تم فعلا ؛ وبالنتيجة فإن من حفر بئرا تامة في أرض موات بإذن من السلطان فهي ملكه[1].

وأما إذا أهملها ولم يقم بإحيائها فعليا، مقتصرا على تحجيرها فقط ؛ فجزاؤه نزع يده عن هذه الأرض، وجاز للسلطة المختصة إعطاؤها لغيره لكي يحييها بإستصلاحها وزراعتها والإنتفاع بها، **لأن الأرض لمن يخدمها** (1/692 من قم)[2]؛ أي أنها ملك لمن يخدمها ويعتني بها، إعمالا للمبدأ المشهور القائل : "**تمليك الأرض بالإعمار وتجريدها بالإهمال**"، لما روي عن عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) أنه قال : "**ليس لمتحجر بعد ثلاث سنين من حق**"[3].

ثالثا : تنازل الدولة عن الملكية العقارية الفلاحية :

إعتبر المشرع الجزائري أن **الأراضي الشاغرة التي لا مالك لها هي ملك من أملاك الدولة**، وفقا للمادة 773 من قم و24 من القانون رقم 25/90 المتضمن التوجيه العقاري، فلا يمكن إحرازها بمجرد وضع اليد عليها بنية تملكها ؛ غير أنه يمكن للأفراد المعنيين إكتساب حقوق عينية عليها، ومن ثم تملكها، وفق شروط وإجراءات معينة نص عليها القانون، بترخيص من السلطة المختصة التي تأذن بإستصلاح الأرض بالإحياء الفعلي لها بزراعتها واستغلالها ؛ وذلك لأن **الأرض ملك لمن يخدمها**، طبقا لأحكام المادة 1/692 من قم.

فإن الأراضي غير المزروعة، وكذا الأراضي الصحراوية أو المنطوية التي لا مالك لها، تكون ملكا للدولة ؛ ولا يجوز تملك هذه الأراضي، أو الوضع اليد عليها، إلا بترخيص من الدولة، بهدف إستصلاحها وفقا للشروط والإجراءات المحددة قانونا.

فقد نصت المادة 19 من القانون رقم 25/90 المعدل بالأمر رقم 26/95 المتضمن قانون التوجيه العقاري، على أنه : "**يحدد قانون خاص قواعد**

---

[1] - المادة 1011 من مجلة الأحكام العدلية.

[2] - من المقرر قانونا، ان **الأرض ملك لمن يخدمها ويقوم بزراعتها، وتعتبر جميع موارد المياه ملكا للجماعة الوطنية** (م 692 من ق.م)."
راجع قرار **المحكمة العليا**، غم، 1988/05/11، ملف رقم 53372، مق، 1991، العدد2، ص 17.

[3] - **ابو يوسف**، الخراج، ص 64 ؛ **الشوكاني**، نيل الأوطار، ج5، ص 341.

وأدوات وكيفيات تدخل الدولة والجماعات المحلية، لتهيئة الأراضي الصحراوية قصد تحويلها إلى أراض فلاحية".

وفي ذلك، حدد القانون الجزائري المتعلق بالعقار الفلاحي قواعد تنازل الدولة عن أملاكها العقارية الخاصة غير المبنية لصالح الخواص، بما يمكنهم من إكتساب الملكية العقارية الفلاحية على حساب الملكية العامة التابعة لأملاك الدولة ؛[1] وهي الأحكام المتعلقة بحيازة الملكية العقارية الفلاحية في إطار الإستصلاح، وشروط تنازلها عن الأراضي الصحراوية المنطوية[2]. والهدف هو توسيع نطاق الملكية العقارية الخاصة، لتمليك المواطنين من الأراضي الفلاحية، بغرض إستصلاحها وزراعتها واستثمارها ؛ وهو في الحقيقة تحول نوعي وكبير لتشجيع الملكية العقارية الفلاحية في الجزائر، وحث الخواص على إستصلاح المساحات الشاسعة والأراضي الصحراوية المنطوية.

وذلك وفقا لأحكام **القانون رقم 18/83** المؤرخ في 1983/08/13، المتعلق **بحيازة الملكية العقارية الفلاحية (المواد 3 و6 و7 منه)**،[3] والمرسوم التنفيذي رقم 724/83 الذي يحدد كيفيات تطبيقه ؛ وكذا **المرسوم التنفيذي رقم 289/92** المؤرخ في 1992/07/08، الذي يحدد **شروط التنازل عن الأراضي الصحراوية** أو المنطوية لإستصلاحها ؛[4] بأن يتعلق الأمر بالأراضي التابعة للدولة غير المخصصة، الواقعة في **المساحات الشاسعة والمناطق الصحراوية أو المنطوية**، بهدف إستصلاحها وجعلها قابلة للفلاحة صالحة للإستغلال الزراعي **ضمن إطار برنامج إستصلاح الأراضي**.[5]

والمقصود بالإستصلاح وفقا للمادة الثانية، من **المرسوم التنفيذي رقم 289/92** المؤرخ في 1992/07/08، الذي يحدد **شروط التنازل عن الأراضي الصحراوية**، إستصلاح الأرض وتهيئتها للوصول إليها، وسقيها وصرف

---

[1] - راجع ليلى زروقي، التقنيات العقارية، العقار الفلاحي، ج1، د.و.أ.ت، ط2، 2001، ص 137 و144 وما بعدها ؛ خوادجية حنان، قيود الملكية العقارية الخاصة، الرسالة المذكورة، ص 65 وما يليها.

[2] - وهذا بعكس قانون الثورة الزراعية والنصوص التطبيقية له، والقوانين العقارية السالفة، التي كان هدفها توسيع الملكية العامة التابعة لأملاك الدولة والقطاع العام.

[3] - الجريدة الرسمية، العدد 34، لسنة 1983.

[4] - الجريدة الرسمية، العدد 55، لسنة 1992.

[5] - المادة 4 و8 من القانون 18/83 و2 من المرسوم التنفيذي رقم 724/83 المحدد لكيفيات تطبيق القانون رقم 18/83.

مياهها، وجلب المياه والتموين بالطاقة، وإنجاز مجموع الأعمال التي تدخل في سياق الإنتاج المتعلقة بالزراعات المختلفة.

إن قرار التنازل عن الأراضي التابعة للدولة للمترشح بقرار من الوالي المختص، بهدف إستصلاحها بإحيائها واستغلالها معلق على شرط فاسخ، وهو إنجاز إستصلاح الأرض، خلال مدة أقصاها 5 سنوات، ثم يتملكها بصفة نهائية إذا قام بإنجاز مشروع الإستصلاح خلال المدة المحددة، في إطار الحيازة للملكية العقارية الفلاحية وفقا للإجراءات المتبعة (م 3 و6 و7 من القانون رقم 18/83 و15 من المرسوم رقم 724/83)[1].

إن القانون رقم 18/83 المؤرخ في 1983/12/10 هو قانون ناقل للملكية العقارية الفلاحية بالدينار الرمزي، يؤدي إلى إمتلاك الأراضي الفلاحية لصالح المترشح الذي قام بإستصلاحها، وفقا للإجراءات القانونية المحددة فيه، وكذا تلك الواردة في المرسوم التنفيذي رقم 724/83[2].

وفي حالة إنقضاء المدة المذكورة، وعدم وجود سبب قاهر، ولم يقم المترشح بإستصلاح الأرض وفق تقرير لجنة المعاينة، يرفع الوالي دعوى إلى المحكمة المختصة إقليميا لطلب تطبيق شرط البطلان، ثم يصدر قرارا يتضمن إلغاء قرار التنازل.[3] ويجوز للمترشح التظلم أمام لجنة مختصة من قرار الوالي لطلب رفع شرط البطلان، خلال مدة قدرها 15 يوما الموالية لصدور القرار المذكور؛ ويثبت الرفع عند صدوره بقرار من الوالي أيضا، الذي يسلم للمعني خلال شهر، ويبلغ إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي والمترشح، ويودع القرار بالمحافظة العقارية قصد إلغاء الشرط الفاسخ[4].

---

[1] - المادة 6 من القانون 18/83.

[2] - يخضع عقد الملكية العقارية في عقد إستصلاح الأراضي الفلاحية، للإجراءات الخاصة الواردة في القانون رقم 18/83 المتعلق بحيازة الملكية العقارية الفلاحية، والمرسوم رقم 724/83 الذي يحدد كيفيات تطبيقه، والمرسوم رقم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري.
انظر المحكمة العليا، غ.ع، 2006/04/12، ملف رقم 324354؛ 2002/04/24، ملف رقم 228753؛ غير منشورة.

[3] - الملحق رقم 25 المتضمن قرار رقم 751 المؤرخ في 2005/06/22 المتعلق بإلغاء قرارات التنازل في إطار الحيازة على الملكية العقارية.

[4] - الملحق رقم 9 المتضمن قرار رقم 769 المؤرخ في 2005/06/25 المتعلق بقرار رفع الشرط الفاسخ.

ويشترط المرسوم التنفيذي رقم 289/92 المؤرخ في 1992/07/08، الذي يحدد شروط التنازل عن الأراضي الصحراوية أو المنطوية لإستصلاحها، في المساحات الإستصلاحية، وكيفية إكتساب الملكية العقارية الفلاحية في إطار البرنامج الإستصلاحي (م 7 وما بعدها)، [1] أن يكون المترشح شخصا طبيعيا أو معنويا جزائري الجنسية ؛[2] وأن يتم التنازل بمقابل وفقا لكيفيات الدفع الواردة في دفتر الشروط، ويمكن التسديد بالتقسيط خلال مدة أقصاها 5 سنوات ؛ وأن يلتزم المستفيد القيام بأعمال الإستصلاح وفقا للبرنامج المحدد في دفتر الشروط تحت طائلة سقوط حقه، وأن يحافظ على طبيعة الأرض الفلاحية وعدم تركها أو المضاربة بها تحت طائلة فسخ عقد البيع.[3]

ونلاحظ بأنه كان يستحسن على المشرع الجزائري تسهيل شروط التنازل عن الأراضي العامة الواقعة في المناطق الصحراوية أو المنطوية أو الخالية، وتعيين مواقع الأراضي المطلوب إستصلاحها في إطار البرنامج الوطني الإستصلاحي ؛ وكذا تيسير إجراءات وكيفيات نقلها للخواص وخاصة الشباب، لتشجيع المشاريع الزراعية الإستصلاحية ودفع التنمية الفلاحية إلى الأمام.

ومن المعلوم أن المشرع الجزائري في إطار تنظيم العقار الفلاحي، قام بإصدار القانون رقم 16/08 المؤرخ في 2008/08/03 **المتضمن التوجيه العقاري**، وكذا القانون رقم 03/10 المؤرخ في 2010/08/15 المحدد **لشروط وكيفيات إستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة** ؛ والقانون رقم 18/83 المؤرخ في 1983/08/13، والمرسوم التنفيذي رقم 724/83 المؤرخ في 1983/12/10، المتعلقان بتنظيم **حيازة الملكية العقارية الفلاحية.**

كما أنه حدد بالمرسوم التنفيذي رقم 454/91 المؤرخ في 1991/11/23 **شروط إدارة الأملاك الخاصة والعامة التابعة للدولة وكيفية تسييرها**، ونظم بالمرسوم التنفيذي رقم 322/94 المؤرخ في 1994/10/12 **شروط منح الإمتياز في**

---

[1] - وفقا للمادة 18 من القانون رقم 25/90 المؤرخ في 1990/11/18.

[2] - وهذا بخلاف القانون رقم 18/83 الذي يشترط الجنسية للشخص المعنوي دون المساهمين فيه.

[3] - المادة 16 وما بعدها من القانون رقم 18/83 ؛ والمواد 3 و5 من المرسوم التنفيذي رقم 289/92.

الأراضي التابعة للأملاك الوطنية الواقعة في المناطق الخاصة في إطار برنامج ترقية الإستثمار ؛ كما أنه ضبط بالمرسوم التنفيذي رقم 51/89 المؤرخ في 1989/04/18، وكذا بالمرسوم التنفيذي رقم 51/90 المؤرخ في 1990/02/06، كيفية إستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية، وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم.

المطلب الثاني

العقود الناقلة للملكية

(Les contrats portant sur la propriété)

1- المقصود بالعقود الناقلة للملكية

المقصود بالعقود الناقلة للملكية في القانون المدني الجزائري هي عقود التمليك، التي تنقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية في العقار والمنقول بالعقد، من شخص لآخر، أو من أشخاص لآخرين ؛ متى ورد على محل مملوك للمتصرف، ومتى استوفي العقد الناقل للملكية أركانه وشروطه وما يتطلبه القانون من إجراءات.

وهي التصرفات القانونية الإرادية الإختيارية التي يقوم بها الأشخاص، بهدف نقل الملكية (L'acquisition de la propriéte par convention)، **بمقابل ثمن نقدي أو بغير مقابل** : كالبيع والهبة غيرها. وهي من أهم أسباب اكتساب الملكية المادية أو المعنوية في الحياة الاجتماعية والاقتصادية والتجارية، ولن نركز عليها في هذا الخصوص، لأنه سبق دراستها في مقرري نظرية الالتزامات والعقود المدنية سابقا.

ونشير إلى أن **العقود الناقلة للملكية تشمل المعاوضات** (à titre onéreux) **والتبرعات** (à titre gratuit) كما أشرنا، ويشترط في المال الذي يرد عليه العقد : أن يكون مملوكا للمتصرف، معينا بالذات، مقوما مقدورا على تسليمه عند العقد، وداخلا في دائرة التعامل الشرعي والقانوني.

فقد نصت المادة 792 و793 من ق.م على أنه : **تنقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية في العقار بالعقد، متى كان الشيء مملوكا**

للمتصرف، مع مرعاة ما يتطلبه القانون من إجراءات التسجيل، وبالأخص القوانين المتعلقة بالشهر العقاري[1].

فإنه بمجرد تحقق الشروط القانونية في المعقود عليه، تنتقل الملكية بتمام إبرام العقد بين المتصرف والمتصرف إليه، دون حاجة إلى إجراء آخر كالتسليم مثلا، وإن كان هذا الأخير مهما في إستقرار الملكية في المنقولات من الناحية العملية ؛ غير أن الملكية في العقار في القانون العقاري الجزائري لا تنتقل إلا بالتسجيل العيني للعقار، وبالأخص الإجراءات المتعلقة بالشهر العقاري[2].

ويجوز للأطراف الإتفاق على تأجيل موعد نقل الملكية، كتوقف إنتقال ملكية المبيع على دفع المشتري لآخر قسط في حال البيع بالتقسيط مثلا، أو دفع جميع الثمن في حال البيع الآجل ؛ فتبقى ملكية المبيع عندئذ للبائع معلقة على شرط فاسخ، فإذا سددت جميع الأقساط إنتقلت الملكية إلى المشتري من وقت البيع[3].

ونبين فيما يلي أحكام إنتقال ملكية العقار، ثم نوضح بعد ذلك كيفية إنتقال ملكية المنقول في القانون المدني الجزائري :

2- إنتقال ملكية العقار :

العقار (Le foncier) وفقا للمادة 1/683 من ق.م، هو الشيء الثابت المستقر بحيزه، بحيث لا يمكن نقله من مكان لآخر دون تلف، وكل ماعدا

---

[1] - ورغم تعديلات القانون المدني المتكررة، وخاصة تعديلات عام 2005 المهمة، في أن نص المادة 792 من ق.م ما زال يحيل خطأ لأحكام المادة 164 من ق.م، والصحيح المقصود هو المادة 165 من ق.م ؛ لأن المادة 164 من ق.م تتناول أحكام التنفيذ العيني للإلتزام، ولا علاقة بموضوع إنتقال الملكية بالعقد وإجراءاته القانونية.

[2] - راجع تعليق أ. **بلعربية فاطمة الزهراء**، **المحكمة العليا**، غ.ع، 2009/11/12، ملف رقم 491615، إ.ق.غ.ع، م.ق، 2010، عدد خاص، ج3، ص 240 ؛ 2009/11/12، ملف رقم 549408، المجلة نفسها، ص 231 ؛ ص 247 ومابعدها ؛ د. **ويس فتحي**، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، ، دار هومه، ط2، 2015، ص 408 وما بعدها ؛ أ. **حمدي باشا عمر**، نقل الملكية العقارية، الدار نفسها، الجزائر، 2000، ص 153 وما بعدها.

[3] - انظر المادة 212 و390 من ق.م ؛ وراجع د. **بلحاج العربي**، أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع المذكور، ص 376 وما بعدها ؛ د. **عبد الرحمن جمعة**، الإحتفاظ بملكية المبيع، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، العدد 2007، مجلد 34، ص 467 وما بعدها.

ذلك من شيء فهو منقول ؛ كما أنه يعتبر مالا عقاريا (Bien immobilier) طبقا للمادة 684 من ق.م كل حق عيني يقع على عقار، بما في ذلك حق الملكية، وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار. والذي يهمنا ههنا هو العقار بطبيعته، المتمثل في العقار الغير مبني كالأرض عموما عامة أو خاصة، وكذا العقار المبني من مبان ومنشآت ؛ وهو ما يطلق عليه بالملكية العقارية (Propriété Foncière) وفقا لمقتضيات المادة الثالثة من القانون رقم 25/90 المتضمن قانون التوجيه العقاري المعدل بالقانون رقم 26/95[1].

وقد نص القانون العقاري الجزائري على أنه : **لا تنتقل الملكية العقارية إذا انصبت على العقار إلا بالعقد الموثق**، متى كان الشيء مملوكا للمتصرف ؛ بعد إستيفاء الإجراءات الشكلية الرسمية التي ينص عليها القانون، **وبالأخص القوانين المتعلقة بتسجيل العقار وشهره لدى المحافظة العقارية**. فإنه بتوثيق العقد الذي يتضمن نقل العقار أو الحقوق العقارية أمام الموثق، يتكون العقد رسميا وفقا للشكلية المنصوص عليها قانونا، وبتسجيله يتم شهره لإحداث الإلتزامات الشخصية وترتيب أثره العيني فيما بين المتعاقدين وكذا في حق الغير[2].

---

[1] - فإن الأرض وما بني فوقها من مبان ومنشآت، هو ما يسمى بالعقارات بطبيعتها قانونا.

[2] - راجع د. **محمد حسنين**، عقد البيع في ق.م.ج، د.م.ج، 1982، ص 103 وما بعدها ؛ د. **محمد السعدي**، عقد البيع والمقايضة، دار الهدى، 2008، ص 195 وما يليها ؛ د. **سي يوسف زاهية حورية**، الوجيز في عقد البيع، دار الأمل، 2008، ص 118 وما بعدها.

يشترط في القانون الجزائري التوثيق لإنعقاد البيع العقاري، وفقا للشكل الرسمي في العقود المتضمنة التصرف في العقار، والتسجيل لإنتقال الملكية وشهرها لدى المحافظة العقارية، لإحداث أثره سواء بالنسبة للغير أو فيما بين المتعاقدين.

المادة 12 من الأمر رقم 91/70 المؤرخ في 1970/12/15 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق ؛ و324 مكرر1 و793 من ق.م بموجب القانون رقم 14/88 المؤرخ في 1988/05/03 ؛ والمادة 15 و16 من الأمر رقم 47/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري.

"**تستلزم العقود الناقلة للملكية العقارية، أو لأي حق عيني عقاري آخر، إضافة إلى الشكل الرسمي إجراءات الشهر العقاري**. فالرسمية لازمة تحت طائلة البطلان، في جميع العقود المتضمنة نقل ملكية العقار والحقوق العينية الأخرى، بين المتعاقدين وفي حق الغير."

أنظر **المحكمة العليا**، غ.ع، 2009/11/12، ملف رقم 491615، إ.ق.غ.ع، م.ق، 2010، عدد خاص، ج3، ص 240 ؛ 2009/11/12، ملف رقم 549408، المجلة نفسها، ص 231 ؛ تعليق أ. **بلعربية فاطمة الزهراء**، ص 247 ومابعدها.

والمراد بالسجل العقاري مجموعة الوثائق التي تبين أوصاف كل عقار وموقعه ووضعيته القانونية، وما له من حقوق وما عليه من إلتزامات، وكذا التعديلات التي تطرأ عليه تباعا ؛ يمسك في كل بلدية على شكل مجموعة البطاقات العقارية الخاضعة للإشهار العقاري (م 3 و12 و13 وما بعدها من الأمر 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري)[1]. ويقدم لكل مالك العقار دفترا عقاريا (Livret Foncier)، يؤسس على أساس سند الملكية، تنسخ فيه البيانات الموجودة في مجموعة البطاقات العارية (م 18 و19 من الأمر 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري)[2].

فلا حجية للعقد العرفي إذا كان منصبا على عقار، سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير، إلا إذا روعيت الإجراءات المنصوص عليها قانونا، ولا سيما تلك المتعلقة بمصلحة الشهر العقاري في المحافظة العقارية (Publicité Foncière)[3].

وراجع **المحكمة العليا**، غ.ع، 2008/10/15، ملف رقم 473702، المجلة نفسها، ج3، ص227؛
غ.م، 2000/06/28، ملف رقم 199852، المجلة نفسها، 2004، ج2، ص 266 ؛ 2000/06/28، ملف
رقم 197347، المجلة نفسها، 2004، ج2، ص 258 ؛ 1997/05/28، ملف رقم 149156، المجلة
نفسها، 2004، ج2، ص271 ؛ 1998/09/23، ملف رقم 172960، غير منشور ؛ 1997/02/18، ملف
رقم 136156، م.ق، 1997، العدد 1، ص10 ؛ 1996/04/17، ملف رقم 154760، م.ق، 1996، العدد
1، ص99 ؛ غ.م، 1994/02/07، ملف رقم 113840، م.ق، 1994، العدد2، ص 158.

[1] - المتمم بالمرسوم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، والمرسوم رقم
210/80، والمرسوم التنفيذي رقم 123/93 ؛ والمعدل والمتمم بالقانون رقم 09/79، والقانون رقم 10/14.

[2] - يؤسس الدفتر العقاري على أساس سند الملكية، بعد إستكماله للإجراءات والشكليات
والآجال، مما يجعله يكتسب القوة الثبوتية. **المحكمة العليا**، غ.ع، 2004/04/21، ملف رقم
259635، إق.غ.ع، عدد خاص، 2010، ج3، ص 257.

[3] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2014/07/10، ملف رقم 858132، م.م.ع، 2014، العدد2، ص 319؛
2000/06/28، ملف رقم 196507، إق.غ.ع، عدد خاص، 2004، ج2، ص 362 ؛ 2000/06/28،
ملف رقم 199852، المجلة نفسها، ص 266 ؛

"**يجب تحرير العقد المتضمن نقل ملكية عقار في الشكل الرسمي**، وفقا لأحكام المادتين 324 مكررا1 و793 من ق.م ؛ ومن ثم يعد باطلا العقد العرفي المتضمن نقل ملكية عقار، ويثير القاضي تلقائيا بطلان هذا العقد".

أنظر **المحكمة العليا**، غ.ع، 2014/07/10، ملف رقم 858132، م.م.ع، العدد2، ص 319؛
2012/06/14، ملف رقم 716159، المجلة نفسها، 2012، العدد 2، ص 398 ؛ 2000/05/31،
إق.غ.ع، عدد خاص، 2004، ج2، ص 361.

فلا يتم بيع العقار إلا بعد إفراغه في الشكل الرسمي أمام الموثق، والتعبير عن الإرادة الحرة، بالتوقيع على العقد الرسمي، بعد تسديد الثمن بين يدي الموثق، ومراعاة القوانين المنظمة للشهر العقاري؛[1] فلا يمكن للقاضي إلزام أحد الأطراف على إتمام إجراءات البيع العقاري، ولو تعلق الأمر بعقد شكلي يتم أمام الموثق، لأن ذلك يتناقض مع مبدأ سلطان الإرادة ويخالف أحكام القانون؛ كما أنه لا تعد مراسلات الطرفين للموثق وقيامه بإجراءات أولية تعبيرا عن الإرادة في بيع العقار[2].

ومن ثم، **لا يلزم البائع بتسليم العقار المبيع عند انعدام العقد الرسمي،** غير أنه يلزم بتعويض المشتري بنصف الكسب الذي فاته، وليس برد المبلغ المدفوع فقط، **كما يتحمل طرفا عقد بيع العقار غير المفرغ في الشكل الرسمي، طبقا لما هو مقرر قانونا، المسؤولية التقصيرية بالتضامن عن الضرر** الناجم عنه على أساس الخسارة المشتركة المنصوص عليها بالمادة 126 من ق.م.[3]

وعلى هذا، **لا مجال لإثبات إنتقال الملكية العقارية، إلا بعقد توثيقي رسمي مسجل ومشهر لدى مصلحة الشهر العقاري،** وفقا لأحكام المادتين 324 مكررا 1 و793 من ق.م، وكذا المادة 12 من الأمر رقم 91/70 المؤرخ في 1970/12/15 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق.[4] ويتمتع العقد التوثيقي

وراجع: أ. **زروقي ليلى**، التصرفات القانونية الواجبة الشهر والآثار المترتبة على القيد، مجلة الموثق، الجزائر، ديسمبر 1998، العدد 5؛ ولنفس الكاتبة، نظام الشهر وإجراءاته في القانون الجزائري، مجلة مجلس الدولة الجزائري، الجزائر، 2002، العدد 2، ص 59؛ د. **ويس فتحي**، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، المرجع المذكور، ص 471 من بعدها.

Voir Belarbia (F-Z), Le transfert de propriété, Rev. Cour suprême, N° Spécial, t.3, 2010, P 256.

[1] - المواد 59 و60 و106 و324 مكررا 1 من ق.م، والمادة الأولى من القانون رقم 14/88.
راجع د. **بلحاج العربي**، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، دار هومه، ط2، 2016، ج1، فقرة 69 و77 و511 وما بعدها؛ أ. **حمدي باشا عمر**، نقل الملكية العقارية، الدار نفسها، الجزائر، 2000، ص 153 وما بعدها.

[2] - وهو ما استقر عليه إجتهاد **المحكمة العليا**، غ.ع، 2014/07/10، ملف رقم 845202، م.م.ع، 2014، العدد 2، ص 310؛ 2013/12/12، ملف رقم 812732، المجلة نفسها، 2014، العدد 1، ص 350؛ غ.م، 2010/01/22، ملف رقم 586766، نفس المجلة، 2011، العدد 1، ص 109؛ 2005/05/25، ملف رقم 302316، ن.ق، 2011، العدد 66، ص 231.

[3] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2014/07/10، ملف رقم 845202، المشار إليه.

[4] - من المقرر قانونا أن إثبات المعاملة العقارية بين الطرفين تخضع للعقد التوثيقي المشهر طبقا لأحكام المادتين 324 مكررا 1 و793 من ق.م...".

المشهر بالحجية القانونية المطلقة، ولا يمكن إثبات عكس مضمونه، إلا عن طريق الطعن بالتزوير (م 324 مكرر5 و18 من القانون رقم 14/88)[1].

ويعد الدفتر العقاري (Livret Foncier) سندا للملكية العقارية، ودليل على إثباتها، طبقا للمادة 18 و19 من الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 1975/11/12، المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري؛[2] على أساس مجموعة البطاقات العقارية؛ ومن ثم فهو يشكل المنطلق الوحيد لإقامة البينة في نشأة الملكية العقارية (م 45 إلى 54 من المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 25/03/1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، المعدل والمتمم بالمرسوم رقم 210/80، والمرسوم التنفيذي رقم 123/93)[3].
وتكون الأولوية للعقد المسجل في السجل العقاري، والمشهر لدى المحافظة العقارية المختصة على الحكم القضائي غير المشهر[4]، كما أنه عند تساوي المستندات يفضل المستند الأسبق في التاريخ وفقا لنص المادة 818 من ق.م[5].

المحكمة العليا،غ.ع، 2014/03/13، ملف رقم 835419، م.م.ع، 2014، العدد1، ص 360؛ 2012/10/11، ملف رقم 806309، المجلة نفسها، 2014، عدد 2، ص 297.
"من المقرر قانونا أنه لا تنقل الملكية العقارية والحقوق العينية الأخرى في العقار، سواء ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير، إلا إذا روعيت إجراءات التسجيل التي ينص عليها القانون ...".
المحكمة العليا،غ.ع، 2012/06/14، ملف رقم 716159، م.م.ع، 2012، عدد 2، ص 386؛ 2012/02/09، ملف رقم 698546، م.م.ع، 2012، العدد2، ص 381؛ 1997/02/18، ملف رقم 136156، م.ق، 1997، العدد 1، ص10؛ 1994/02/07، ملف رقم 113840، المشار إليه.
Voir Lahlou-Khiar Ghenima, La preuve de la propriété foncière, Rev. Alg, 2013, N° Spécial, P 155 et s.

[1] - المحكمة العليا،غ.ع، 2012/11/14، ملف رقم 739034، م.م.ع، 2013، العدد2، ص 315.

[2] - المعدل بالقانون رقم 09/79، وبالقانون رقم 10/14.

[3] - المحكمة العليا،غ.ع، 2004/04/21، ملف رقم 259635، إ.ق.غ.ع، م.م.ع، عدد خاص، 2010، ج 3، ص 257؛ 2000/06/28، ملف رقم 197920، غير منشور.
فلا يجوز إعادة النظر والمنازعة في الحقوق الناتجة عن الترقيم النهائي للعقارات، والبيانات المجسدة في الدفتر العقاري إلا قضائيا (م 16 من الرسوم رقم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، المعدلة بالمرسوم التنفيذي رقم 123/93). المحكمة العليا،غ.ع، 2005/02/23، ملف رقم 282811؛ م.م.ع، 2005، العدد1، ص 233.

[4] - المحكمة العليا،غ.ع، 2012/02/09، ملف رقم 697874،م.م.ع، 2012، عدد 2، ج3، ص 376.

[5] - وعند الإقتضاء على أساس الحيازة الأحق بالتفضيل، مما يستدعي البحث عن الحائز الحقيقي، وعن مدى توفر حيازته للشروط المقررة قانونا.
أنظر المحكمة العليا،غ.ع، 2005/12/14، ملف رقم 325521، ن.ق، 2011، العدد 66، ص 287.

وعلى هذا الأساس، قضت الغرف المجتمعة للمحكمة العليا في قرار مبدئي، من أنه : **يستوجب تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عينية، في الشكل الرسمي الذي يتطلبه القانون** ؛ ولا يجدي ههنا العقد العرفي، ولا الإقرار بحصول الإتفاق الشفوي، كما أنه لا يجوز توجيه اليمين عند تخلف الكتابة الرسمية في العقود الشكلية[1].

وفي نفس الإتجاه، **يجب إفراغ الوعد بالبيع المتعلق بالعقار هو الآخر**، في الشكل الرسمي الذي يتطلبه القانون، لقيام العقد الموعود به صحيحا ؛ ومن ثم، **فإنه لا يمكن الإحتجاج بالوعد بالبيع العقاري في مواجهة الغير، إلا إذا اتبعت فيه إجراءات الشهر العقاري**[2].

غير أن القانون لا يستوجب شهر عريضة إفتتاح دعوى إتمام إجراءات عقد الوعد بالبيع الذي لا يتضمن نقل حقوق عقارية، وفقا لنص المادة 17 و519 من ق.إ.م.إ.[3] **ويقتصر العدول عن الوفاء بالوعد بنقل ملكية العقار على الإلتزام بالتعويض** ؛ فإن تصرف الواعد في العقار الموعود به، وانتقال

وراجع **المحكمة العليا**، غ.ع، 2009/12/10، ملف رقم 565212، إ.ق.غ.ع، عدد خاص، 2010، ج3، ص 296 ؛ 2004/02/25، ملف رقم 246259، نفس المرجع، ص 220 ؛ 2003/09/24، ملف رقم 251665، المرجع نفسه، ص 291.

1- **المحكمة العليا**، الغرف المجتمعة، 1997/02/27، ملف رقم 136156، م.ق، 1997، عدد1، ص10 ؛ تعليق د. علي فيلالي ود. لحلو غنيمة، المجلة الجزائرية، جامعة الجزائر، 1997، العدد 3، ص 715 ؛ د. يونسي نادية، المجلة نفسها، 1997، العدد4، ص 1169.

وراجع **مجلس الدولة**، 2003/07/01، ملف رقم 2307، م.م.د، 2003، العدد4، ص 119 ؛ **المحكمة العليا**، غ.ع، 2010/05/13، ملف رقم 592724، م.م.ع، 2010، العدد2، ص 225 ؛ 2003/07/01، ملف رقم 197347، إ.ق.غ.ع، عدد خاص، 2004، ج2، ص 258 ؛ 2001/01/30، ملف رقم 258113، م.ق، 2001، العدد2، ص 120 ؛ 1996/04/17، ملف رقم 154760، المشار إليه ؛ 1985/04/03، ملف رقم 33528، غير منشور.

2- المادة 2/71 و72 و324 مكررا1 و398 من ق.م ؛ **المحكمة العليا**، غ.ع، 2010/05/13، ملف رقم 606845، م.م.ع، 2011، العدد2، ص 149.

3- **المحكمة العليا**، غ.ع، 2013/12/12، ملف رقم 0809194، م.م.ع، 2013، العدد2، ص 337.

ولا يمكن قانونا، إخضاع الوعد بالبيع، باعتباره عقدا رسميا محررا من طرف الموثق لسماع الشهود، بخصوص الإمضاءات الواردة فيه ؛ لأن الوثائق الرسمية المحررة طبقا للمادة 324 مكرر من ق.م، لا تخضع للتحقيق المتمثل في سماع الشهود، لأنها وثائق تتمتع بالحجية حتى يثبت تزويرها. راجع المحكمة العليا، غ.ع، 2013/02/09، ملف رقم 698894، م.م.ع، 2014، العدد2، ص 287.

ملكيته للغير، وتم تسجيل ذلك في المصلحة العقارية المختصة، فلا يبقى للموعود له وفقا لإجتهادات المحكمة العليا المشهورة سوى رفع دعوى التعويض للمطالبة بتعويض الأضرار التي أصابته[1].

هذا، وتنتقل الملكية العقارية في حالة تصرف بائع في عقار مرتين بعقدين توثيقيين، إلى المشتري حائز العقد التوثيقي المسجل الأسبق في الشهر العقاري[2]. كما أنه تكون الأولوية للعقد الإداري المشهر على الحكم القضائي غير المشهر عند المنازعة في الحقوق العقارية الواردة فيهما (م 793 من ق.م، و66 من المرسوم رقم 63/76)[3].

ونلاحظ أنه إذا كان للعقد الرسمي قوة إثباتية بقوة القانون، حتى يطعن فيه بالتزوير، فيما يخص البيانات والمعاينات التي قام بها الموثق نفسه[4]؛ فإن المعلومات المعطاة من قبل أطراف العقد، تكون لها قوة إثباتية هي الأخرى إلى غاية تقديم الدليل العكسي، كالغش مثلا الذي من شأنه أن يؤدي إلى بطلان

---

[1] - **المحكمة العليا**، غ.م، 2001/04/17، ملف رقم 154760، م.ق، 1996، العدد1، ص 99؛ 1998/09/23، ملف رقم 172960، غير منشور؛ 1996/04/17، ملف رقم 154760، م.ق، 1998، العدد1، ص 99؛ 1998/04/06، ملف رقم 108763، م.ق، 1998، العدد1، ص 105.
وراجع للإستزادة: **أ. بدري جمال**، الوعد بالبيع العقاري في ضوء التشريع والقضاء الجزائريين، دار هومه، 2014، ص 63 وما بعدها؛ ولنفس المؤلف: الطبيعة القانونية لحق الموعود له الناتج عن عقد الوعد، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، جامعة الجزائر، 2012، العدد1، ص 114 وما بعدها؛ **د. علي فيلالي**، الشهر العقاري في ضوء القضاء الجزائري، المجلة نفسها، 2000، العدد 2، ص116 وما بعدها؛ **د. زواوي فريدة**، ضرورة شهر الوعد ببيع العقار، المجلة المشار إليها، 1995، العدد 3، ص644 وما يليها؛

[2] - المادة 793 من ق.م؛ **المحكمة العليا**، غ.ع، 2013/07/11، ملف رقم 0785784، م.م.ع، 2013، العدد2، ص 341.

[3] - المادة 793 من ق.م، و66 من المرسوم رقم 63/76 المتضمن تأسيس السجل العقاري. **المحكمة العليا**، غ.ع، 2012/02/09، ملف رقم 697874، م.م.ع، 2012، العدد2، ص 376.

[4] - المادة 324 مكرر1 و324 مكرر5 من ق.م.
"من المقرر قانونا أنه يتمتع العقد التوثيقي بالحجية المطلقة، ولا يمكن إثبات عكس مضمونه إلا عن طريق الطعن فيه بالتزوير وفقا للمادة 324 مكرر1 ومكرر5 من ق.م؛ ولا يمكن للقاضي قانونا بعد رفض دعوى التزوير إبطال العقد التوثيقي إستنادا إلى أقوال شاهدي العقد."
أنظر **المحكمة العليا**، غ.ع، 2012/02/09، ملف رقم 698894، المشار إليه؛ 2012/11/14، ملف رقم 739034، م.م.ع، 2013، العدد2، ص 315؛ 2007/07/11، ملف رقم 397861، ن.ق، 2014، العدد67، ص 241.
فلا يعد عقد البيع المحرر أمام الموثق عقدا صوريا لمجرد حصول بيع بغبن. **المحكمة العليا**، غ.ع، 2013/05/09، ملف رقم 0771640، م.م.ع، 2013، العدد2، ص 307.

العقد[1]. فلا يمكن إخضاع الوثائق الرسمية المحررة لدى الموثق، طبقا للمادة 324 مكرر من ق.م، للتحقيق بشهادة الشهود، لتمتعها بالحجية حتى يثبت تزويرها[2].

أ- شروط العقد الرسمي الناقل للملكية العقارية

نصت المادة 29 من القانون رقم 25/90 المؤرخ في 1990/11/18 المتضمن التوجيه العقاري، صراحة على أنه : "**تثبت الملكية الخاصة للأملاك العقارية والحقوق العينية العقارية، بعقد رسمي، يخضع لقواعد الشهر العقاري**".

ومقتضى ذلك، أن **جميع العقود الواردة على الأموال العقارية والحقوق العينية**، كقطعة أرض معينة، أو منزل معين...، من بيع أو هبة أو وقف أو وصية أو شفعة أو غيرها من قسمة عقارية أو ميراث أو وصية أو شيوع...، **يجب أن تثبت في عقد رسمي يسجل لدى مصلحة التسجيل العيني العقاري** ؛ ويتم شهره وفقا لأحكام الشهر العقاري (م 324 مكرر و792 و793 من ق.م، 12 من الأمر رقم 91/70، و15 و16 من الأمر رقم 74/75)[3].

فلا تنتقل الملكية العقارية في القانون العقاري الجزائري، ولا الحقوق العينية المتعلقة بالعقار، سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير، **إلا بحصول التسجيل العيني لدى الدوائر الرسمية المختصة**، متى كان العقار مملوكا للمتصرف ؛ وهو ما تتطلبه نصوص النظام العقاري السعودي، **بأن يحرر العقد الناقل للملكية العقارية في الشكل الرسمي** الذي يستوجبه القانون ؛ **مع مراعاة الأحكام الخاصة المتعلقة بالتسجيل العيني وبالشهر العقاري**[4].

---

[1]- **المحكمة العليا**، غ.ع، 2000/09/27، ملف رقم 202764 ؛ 1998/11/18، ملف رقم 176264 ؛ 1998/11/18، ملف رقم 146497، غير منشور ؛ 1997/04/30، ملف رقم 148561، م.ق، 1997، العدد 2، ص 47 ؛ 2000/09/27، ملف رقم 202764، م.ق، 2003، عدد1، ص309.

[2]- **المحكمة العليا**، غ.ع، 2013/02/09، ملف رقم 698894، من.م.ع، 2014، العدد2، ص 287.

[3]- من المقرر قانونا أن **الحيازة شرط في الهبة وليس في الوقف**. أنظر **المحكمة العليا**،غ.ع، 2012/03/15، ملف رقم 702225، م.م.ع، 2012، عدد 2، ص 386 ؛غ.م، 1995/06/27، ملف رقم 121664، م.ق، 1995، عدد1، ص 111.

[4]- وهو **نظام التسجيل والشهر لدى الدوائر الرسمية**، لان العقد شكلي لا ينعقد أصلا إلا بتحريره في ورقة رسمية، تحت إشراف موظف رسمي، وتسجيله وقيده في السجل العيني لدى المصالح المختصة، وإلا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا.

إن الرسمية لازمة تحت طائلة البطلان في جميع العقود المتضمنة نقل الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية، بما في ذلك العقود المنشأة أو الناقلة أو المعلنة أو المعدلة الواردة على الملكية العقارية ؛ والكتابة الرسمية هنا هي ركن من أركان العقد، ودليل شرعي للإثبات ؛ ومن ثم وجوب العقد الرسمي لإتمام نقل الملكية العقارية، وعدم جواز العقد العرفي بشأنها[1].

فقد نصت المادة 793 من ق.م صراحة على أنه : **"لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار، سواء بين المتعاقدين أو إزاء الغير، إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون، وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقاري".**

كما أشارت المادة **12 من من الأمر رقم 70/91 المؤرخ في 1970/12/15** التي حلت محلها المادة 324 مكرر1 من ق.م المضافة بالقانون رقم 14/88 المؤرخ في 1988/05/03، على أنه : **لا تنتقل ملكية العقار ولا الحقوق العقارية بين المتعاقدين وفي حق الغير، إلا إذا تم إخضاعها إلى الشكل الرسمي الذي يتطلبه القانون تحت طائلة البطلان**[2].

راجع أ. بيوت نذير، عقد الشهرة من خلال الإجتهاد القضائي، الإجتهاد القضائي للغرفة العقارية للمحكمة العليا، م.م.ع، عدد خاص، ج2، 2004، ص 10 ؛ أ. **العتروس بشير**، الشهر العقاري في القانون الجزائري، المجلة نفسها، ج1، 2004، ص 15 وما بعدها ؛ **الهادي سليمي**، إجراءات نقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة تبسة، 2008 ؛ **كاتي محمد**، شروط إنتقال ملكية العقار، مجلة الموثق، الجزائر، العدد10، 2000 ؛ **عمر صداقي**، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، الجزائر، 1984 ؛ **موسى نسيمة**، حجية العقود المشهرة، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1999.

1- **المحكمة العليا**، غ.ع، 2000/06/28، ملف رقم 197347، م.م.ع، عدد خاص، ج2، 2004، ص 258 ؛ 1998/10/28، ملف رقم 182360 ؛ 1997/05/25، ملف رقم 149156.
أنظر أ. **حمدي باشا**، نقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري، دار العلوم، 2000، ص 101 وما بعدها ؛ إثبات نقل الملكية العقارية، مجلة الموثق، الجزائر العاصمة، 2001، العدد1 و2.
وراجع هنا أ. **بلعربية فاطمة الزهراء**، إنتقال الملكية العقارية، تعليق على القرارين رقمي 491615، و549408 الصادرين **المحكمة العليا**، غ.ع، بتاريخ 2009/11/12، إق.غ.ع، عدد خاص من م.م.ع، ج3، 2010، ص247 ؛ أ. **حماد بكاي**، العقد التوثيقي، مجلة الموثق، الجزائر، 1999، العدد7، ص 16.

2- من المقرر قانونا، أن **الرسمية لازمة تحت طائلة البطلان، في جميع العقود المتضمنة نقل ملكية العقارات** ؛ بأن تحرر وجوبا في الشكل الرسمي وإلا كانت باطلة. ومن ثم، فإن البطلان المنصوص عليه في المادة 12 من الأمر رقم 91/70 المتضمن قانون التوثيق، والمادة 324 مكرر1 ق.م، والمادة 16 من الأمر رقم 74/75 المتضمن مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، هو بطلان مطلق لا يقبل الإجازة طبقا للمادة 102 من ق.م.

وفي نفس السياق، أشارت المادة 15 من الأمر 74/75 المؤرخ بتاريخ 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، إلى أن : **"كل حق ملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار، لا وجود له بالنسبة للغير، إلا من تاريخ شهره في مجموعة البطاقات العقارية ؛ غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة صاحب الحق العيني"**.

كما نصت المادة 16 من الأمر نفسه، على أن : **"العقود الإرادية والإتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو إنقضاء حق عيني، لا أثر لها حتى بين الأطراف، إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية."**

وهو ما تنص عليه المادة 91 من المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 1996/03/25 على أن : **"كل إنتقال أو إنشاء أو إنقضاء لحقوق عينية عقارية بمناسبة أو بفعل الوفاة، يجب أن يثبت بموجب شهادة توثيقية في الآجال المحددة في المادة 99"**.

فالإشهار هو إجراء ناقل للملكية بين الأطراف، وحتى تجاه الغير، ويكون الإشهار لدى المحافظة العقارية في الشكل الرسمي الذي يتطلبه القانون (م 15 و16 من الأمر رقم 74/75، و61 من المرسوم رقم 63/76)[1].

ومن ثم، فإن أي إتفاق في عقد بيع العقار يتم خارج نطاق الشكل الرسمي هو عقد فاقد للقوة الثبوتية، ويعد باطلا بطلانا مطلقا، وغير صالح للإعتماد عليه في المطالبة بالوفاء.[2] كما أنه يجب قانونا شهر عريضة رفع الدعوى الإفتتاحية أمام القسم العقاري، لدى المحافظة العقارية، إذا تعلقت بعقار أو حق عيني مشهر (م 3/17 و519 و3/539 من القانون رقم 09/08 المتضمن ق.إ.م.إ، و85 من المرسوم رقم 63/76)[3].

أنظر المحكمة العليا، غ.ع، 2000/06/28، ملف رقم 197347، إق.غ.ع، 2004، م.م.ع، عدد خاص، ج2، ص 258 ؛ 1997/05/28، ملف رقم 149156، المجلة نفسها، ص 271 ؛ غ.م، 1983/17/07، ملف رقم 30659 ؛ غير منشور ؛ 1982/07/07، ملف رقم 25699، ن.ق، عدد خاص، ص 177.

[1] - ومن ثم، لا يرقى إشهاد الموثق إلى مرتبة العقد الرسمي المشهر. **المحكمة العليا**، غ.ع، 2011/05/12، ملف رقم 654219، م.م.ع، 2012، العدد2، ص 359.

[2] - **المحكمة العليا**، غ.م، 2005/07/20، ملف رقم 302180، ن.ق، 2014، العدد67، ص 152 ؛ 2005/10/19، ملف رقم 309746، المجلة نفسها، ص 157 ؛ غ.ع، 2000/06/27، ملف رقم 202764 ؛ الغرف المجتمعة، 1997/02/18، ملف رقم 136156، م.ق، 1997، عدد1، ص10 ؛ 1998/11/18، ملف رقم 146497 ؛ 1998/11/18، ملف رقم 176264.

[3] - المادة 17 و3/539 من القانون رقم 09/08 المتضمن ق.إ.م.إ

وعلى هذا، فإن التصرفات الناقلة للملكية العقارية، كالبيع العقاري، أو الهبة العقارية، أو الوصية العقارية، أو القسمة التي تنصبت على العقار،... هي تصرفات يشترط فيها القانون الجزائري شكلية رسمية ؛ **فهي لا تنعقد إلا بعقد توثيقي يحرر من قبل موظف رسمي**، إذ يصبح تدخل الموثق واجبا، تحت طائلة البطلان لنقل ملكية العقار ؛ ثم يتم تسجيله وشهره لدى الدوائر الرسمية العقارية المختصة[1]. وتبقى حقوقا مكتسبة للخزينة العامة، المبالغ المدفوعة مقابل رسوم الطابع والتسجيل والشهر، بعد إبطال عقد توثيقي قضائيا[2].

وعلى ذلك، حكمت المحكمة العليا في قرار مشهور بأن: عقد الهبة ينعقد بالإيجاب والقبول ويتم بالحيازة، وهو عقد رسمي يخضع للإجراءات المتعلقة بتنظيم التوثيق والإشهار فيما يخص العقارات، وكذا لمقتضيات الأحكام الخاصة بالمنقولات، ويعتبر صحيحا إلى غاية الطعن فيه بالتزوير(م 324 مكرر5 من ق.م و206 من ق.أ)[3].

وهذا مفاده أن كافة العقود والأحكام القضائية المتعلقة بنقل الملكية العقارية والحقوق العينية، وجميع التصرفات القانونية الواردة على

غير أن القانون لا يستوجب إيداع الطعن بالإستئناف للإشهار. **المحكمة العليا**، غ.ع، 2012/02/09، ملف رقم 699969، م.م.ع، 2013، العدد1، ص 291.

1- **"حيث أنه من المقرر قانونا، أن إثبات المعاملة العقارية بين الطرفين، تخضع للعقد الرسمي المشهر، عملا بالمادتين 324 مكرر و793 من ق.م"** أنظر **المحكمة العليا**، غ.ع، 2012/10/11، ملف رقم 806309، م.م.ع، 2014، عدد2، ص300 ؛ 2011/05/12، ملف رقم 654219، م.م.ع، 2012، العدد2، ص 359.
راجع **أ. بلعربية فاطمة الزهراء**، إنتقال الملكية العقارية، تعليق على القرارين رقمي 491615، و549408 الصادرين **المحكمة العليا**، إ.ق.غ.ع، عدد خاص من م.م.ع، ج3، 2010، ص247 ؛ أ. **حمدي باشا**، نقل الملكية العقارية، دار هومه، الجزائر، 2013، ص153 وما يليها ؛ **جميلة زايدي**، إجراءات نقل الملكية في عقد بيع العقار، دار الهدى، 2014، ص 70 وما بعدها ؛ **د. انور جبر**، إنتقال الملكية العقارية بالبيع، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2011، ص 253 وما بعدها؛

2- وفقا لأحكام الأمر رقم 103/76 المتضمن قانون الطابع، والأمر رقم 105/76 المتضمن قانون التسجيل. راجع **المحكمة العليا**، غ.ع، 2014/01/16، ملف رقم 809837، م.م.ع، 2014، عدد2، ص302.
ويتحمل طرفا عقد بيع عقار غير المفرغ في الشكل الرسمي، المسؤولية بالتضامن عن الضرر الناجم عنه، على أساس الخسارة المشتركة، طبقا لأحكام المواد 126 و182 و324 مكرر1 من ق.م. أنظر **المحكمة العليا**، غ.ع، 2014/07/10، ملف رقم 845202، م.م.ع، 2014، العدد2، ص310.

3- **المحكمة العليا**، غ.ع، 2013/11/13، ملف رقم 0803432، م.م.ع، 2013، العدد2، ص326 ؛ 2007/07/11، ملف رقم 397861، ن.ق، 2014، العدد67، ص 241.

العقارات تخضع لإجراءات الرسمية والتسجيل في السجل العقاري والإشهار في المحافظة العقارية[1].

ومن ثم، فإن تحرير العقد الناقل للملكية العقارية يجب أن يتم في الشكل الرسمي، كما أنه يخضع لإجراء الشهر في المحافظة العقارية، طبقا للمواد 324 مكرر1 المضافة بالقانون رقم 14/88 و793 من ق.م، و15 و16 من الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 1975/11/12، و61 من المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25؛ ولا يمكن لإشهاد الموثق أن يحل محل العقد الرسمي المشهر[2].

فإن العقود المتعلقة بالتصرفات التي إلى إنشاء أو نقل أو تصحيح أو تعديل أو انقضاء حق عيني، لا يكون لها أثر قانوني ناقل للملكية حتى بين الأطراف، إلا من تاريخ شهرها[3].

كما أنه يجب شهر الدعاوى المرفوعة أمام القسم العقاري، في حالات محددة، إذا تعلق موضوعها بالفسخ أو الإبطال أو الإلغاء أو نقض حقوق عقارية قائمة على عقود تم شهرها، وهو حكم من النظام العام[4]؛ إذ لا يمكن قبولها أمام القسم العقاري إلا إذا تم إشهارها مسبقا (م 85 من المرسوم رقم 63/76، و14 من الأمر رقم 74/75).

وإن كان نص المادة 3/17 من القانون رقم 09/08 المتضمن ق.إ.م.إ الجديد جاء عاما في صيغته، إذ أخضع كل الدعاوى المتعلقة بعقار أو حق

---

[1] - انظر أ. ليلى زروقي وأ. حمدي باشا، المنازعات العقارية، المرجع المذكور، ص 41 وما بعدها. وراجع أ. فتحي ويس، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، دار هومه، الجزائر، 2014؛ أ. مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في التشريع الجزائري، د.و.أ.ت، الجزائر، 2002، ص 43 وما يليها؛ أ. حمدي باشا، عقد الشهرة، مجلة الموثق، الجزائر العاصمة، 2002، العدد4 و5؛ ولنفس المؤلف: شهر الدعاوى العقارية، مجلة الموثق، الجزائر العاصمة، 2000، العدد9.

[2] - المحكمة العليا، غ.ع، 2011/05/12، ملف رقم 654219، المشار إليه.
من المقرر قانونا انه يجب تحرير عقد البيع على التصاميم في الشكل الرسمي يجب تسجيله وشهره. المحكمة العليا، غ.ع، 2011/07/14، ملف رقم 664290، م.م.ع، 2012، العدد2، ص 363.

[3] - المادة 361 و793 من ق.م، و16 من الأمر 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري. المحكمة العليا، غ.ع، 2000/06/28، ملف رقم 197347، إ.ق.غ.ع، 2004، م.م.ع، عدد خاص، ج2، ص 258.

[4] - المحكمة العليا، غ.ع، 2005/01/19، ملف رقم 294044، إ.ق.غ.ع، 2004، م.م.ع، عدد خاص، ج1، ص 166؛ 2000/09/27، ملف رقم 196021، نفس المرجع، ص 160.

عيني عقاري، للإشهار المسبق قبل رفعها أمام القضاء العقاري ؛[1] وعلى ذلك فإن التعداد الوارد في المادة 85 من المرسوم رقم 63/76، لم يقصد منه الحصر، بل هو مجرد أمثلة يمكن التضييق ضمن حالاتها المحددة حصريا، أو التوسع فيها إذا كان النزاع جوهريا يتعلق بعقار أو حق عيني عقاري، قائم على عقد تم شهره سابقا، لأنها وردت لحماية مصالح خاصة ؛[2] وهو ما يفهم من قضاء الغرفة العقارية لدى المحكمة العليا في إجتهاداتها الحديثة.[3]

فإذا امتنع البائع عن الإجراءات اللازمة نظاما للتسجيل العيني، والتي هي شرط لانتقال الملكية العقارية تحت طائلة البطلان كما أشرنا[4]، فإنه يكفي أن يقوم المشتري بتقديم العقد الرسمي التي تم إبرامه أمام الموثق للإشهار العقاري ؛ فيجوز لهذا الأخير أن يجبر البائع على التنفيذ العيني لإلتزامه، باستصدار حكم قضائي بصحة ونفاذ العقد، حيث يقوم تسجيل الحكم القضائي الصادر في هذا الشأن مقام تسجيل العقد ذاته، أي مقام البيع المسجل، ويكتسب المشتري الحق العيني على العقار منذ تسجيل الحكم القضائي لدى مصلحة شهر العقار[5].

وعلى هذا، إذا امتنع البائع عن القيام بتنفيذ إلتزامه (أي بنقل حق عيني)، جاز للمشتري أن يحصل على شيء من النوع ذاته بعد إستئذان

---

[1] - د. ويس فتحي، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، دار هومه، الجزائر، ط2، 2015، ص 619 وما بعدها.

[2] - جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة البليدة، 2001، ص 113 وما بعدها.

[3] - ومن ثم، حكمت المحكمة العليا بأنه: لا يجب أن تشهر الدعوى المقامة ضد المستثمرة الفلاحية الفردية، لعدم تعلق موضوعها بالفسخ أو الإبطال أو التعديل أو نقض حقوق عقارية قائمة على عقود تم شهرها ؛ المحكمة العليا، غ.ع، 2011/07/14، ملف رقم 659801، م.م.ع، 2012، العدد1، ص 179. ولا تخضع دعوى التعدي على الملكية العقارية، المرفوعة أمام القضاء للشهر، المنصوص عليها حصريا في المادة 85 من المرسوم 63/76 ؛ المحكمة العليا، غ.ع، 2008/03/12، ملف رقم 440769، م.م.ع، 2008، العدد1، ص 221.

[4] - أ. حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، دار هومه، الجزائر، 2013، ص 153 ما يليها ؛ وللمؤلف نفسه: عقود التبرعات، الدار نفسها، 2004، ص 12 و13 ؛ منصوري نورة، هبة العقار، الدار نفسها، 2010، ص 57 وما بعدها.

[5] - المحكمة العليا، غ.م، 1996/04/17، ملف رقم 154760، م.ق، 1996، العدد1، ص 99.

القاضي ؛ كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء، من غير إخلال في حق الحالتين بحقه في التعويض[1].

وجدير بالذكر، أن التسجيل وفقا لأحكام المادتين 15 و16 من الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن قانون تأسيس السجل العقاري، هو أداة قانونية لشهر وإعلان الحقوق العينية الأصلية بصفة رسمية لإحداث أثرها العيني الناقل للملكية، أما القيد فهو ضروري لشهر وإعلان باقي الحقوق العينية التبعية على العقار (كالرهن الرسمي، وحق الإختصاص، والإمتيازات المقررة بالنصوص القانونية...) ؛ فالقيد الرسمي هو شرط قانوني لنشوء الرهن إلى جانب شروطه الموضوعية والشكلية، حتى يكون حجة بين ذوي الشأن، ويمكن الاحتجاج به تجاه الغير.

والإشهار العقاري لدى المحافظة العقارية يلعب دورا هاما في نقل الملكية العقارية، والحقوق العينية الأخرى، وجميع العمليات القانونية الواردة على العقارات بين الطرفين المتعاقدين، وكذا إعلام الغير حول الوضعية القانونية للعقار محل الإشهار ؛ كما أنه سند لإثبات الملكية العقارية.[2] ومن ثم، فإن العبرة في نقل الملكية العقارية في حالة وجود عقدين، تعود للتاريخ الذي يسبق في شهر العقد، وليس بتاريخ تحرير العقد[3].

1- المادة 2/166 و170 و176 من ق.م. أنظر د. بلحاج العربي، أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع المذكور، ص 75 ما بعدها.
وقد أوجبت المحكمة العليا في إجتهاداتها المشهورة دفع التعويض قانونا عند الإخلال بالتعهد في حالة نقل الملكية في العقار، والنكول عن إتمام التسجيل طبقا لنص المواد 2/71 ، 72 ، 166 ، 324 مكررا ، و793 مدني جزائري ؛ ويكون أساس المطالبة القضائية بالتعويض هو أن الدائن قد ارتضى التعويض عما أصابه من ضرر، وأن المدين لم يمانع فيه (م 176 ق.م) ؛ وليس على أساس أن التنفيذ العيني قد أصبح مستحيلا (م 307 من ق.م).
راجع المحكمة العليا ، غ.م، 2001/01/30 ، ملف رقم 258113، م.ق، 2001، العدد2، ص 120 ؛ 1996/04/17 ، ملف رقم 154760 ؛ 1985/04/03 ، ملف رقم 33528، غير منشورين.
ويقتصر النكول عن التعهد بنقل ملكية العقار على الإلتزام بالتعويض. وراجع هنا: ويس فتحي، المسؤولية المدنية والضمانات الخاصة في عقد بيع العقار قبل الإنجاز، رسالة ماجستير، جامعة البليدة، 1999.

2- أ. حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية ، دار هومه، الجزائر، 2013، ص 119 وما بعدها ؛ أ. محمد الحبيب الطيب، الشهادة التوثيقية ، إ.ق.غ.ع، م.م.ع، عدد خاص، ج3، 2010، ص 35.

3- المحكمة العليا، غ.ع، 2003/03/19، ملف رقم 243402، م.ق، 2003، العدد2، ص 231.

ب- إنتقال الملكية بعقد الهبة

إن الهبة (La donation) في التشريع الجزائري كسبب لكسب الملكية، هي تمليك بدون عوض، أي بلا مقابل، وهي تكون حال الحياة؛ ومن ثم فهي من عقود التبرعات (م 202 إلى 212 من ق.أ)[1]. ويكون عقد الهبة صحيحا، إذا كان موضوعه حق إنتفاع؛ إذا تضمن عقد الهبة أن الواهب قد احتفظ لنفسه بحق الرقبة، ووهب حق الإنتفاع فقط، وتغني إجراءات التوثيق والإشهار عن الحيازة (م 206 من ق.أ و844 من ق.م)[2].

وقد نظم المشرع الجزائري أحكام عقد الهبة وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية، ضمن قانون الأسرة الجزائري الصادر بالقانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 جوان 1984، المعدل والمتمم بالقانون رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27[3].

أولا : شروط صحة الهبة

إن الهبة كسائر العقود، تنعقد بالإيجاب من الواهب والقبول من الموهوب له، وهي تتطلب أهلية التبرع في الواهب، لأنها تمليك بلا عوض (م 202 من ق.أ)؛[4] بأن يكون الواهب سليم العقل، بالغا سن الرشد القانوني، وغير محجور عليه (م 203 من ق.أ)، بينما تكفي في الموهوب له أهلية التمييز فقط (م 209 من ق.أ)[5].

كما أن الهبة تتم بالحيازة التي هي شرط لتمام العقد (م 206 و207 و208 من ق.أ)؛[6] **مع مراعاة أحكام قانون التوثيق والقانون المدني فيما**

---

[1] - راجع للإستزادة: د. محمد حسنين، عقد الهبة في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية، 1987، العدد2، ص 552 وما بعدها؛ أ. حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، دار هومه، الجزائر، 2004، ص 7 إلى 53؛ د. محمد تقية، الهبة في قانون الأسرة الجزائري، د.و.أ.ت، الجزائر، 2003.

[2] - المحكمة العليا، غ.ع، 2013/11/13، ملف رقم 803432، م.م.ع، 2013، العدد2، ص 326.

[3] -:" من المقرر أن الهبة تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية".
أنظر المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1998/03/13، ملف رقم 179724، إق.غ.أ.ش؛ م.ق، عدد خاص، 2001، ص 277.

[4] - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1986/02/24، ملف رقم 40651، غير منشور.

[5] - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1984/10/22، ملف رقم 83331، م.ق، 1989، العدد3، ص65؛ حيث كان الواهب أثناء تصرفه بالهبة لا يتمتع بقواه العقلية.

[6] - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1995/06/07، ملف رقم 121664، م.ق، 1995، العدد1، ص111.

يتعلق بالهبة العقارية، بتسجيل العقد وشهره بالمحافظة العقارية، كسائر العقود الرسمية التوثيقية الناقلة للملكية العقارية، وكذا إتباع الإجراءات القانونية الخاصة المتعلقة بالهبة المنصبة على المنقولات (م 206 من ق.أ و324 مكرر و793 من ق.م)[1]؛ فإن عقد الهبة العقارية هو عقد رسمي، له حجية ويعتبر صحيحا، إلى غاية الطعن فيه بالتزوير[2].

فإن الهبة في المنقول لا تتم قانونا إلا بالقبض (أي بالحيازة)، دون حاجة إلى ورقة رسمية، ويلزم في القبض بإذن الواهب صراحة أو دلالة، فإن القبض شرط لزوم في رهن الحيازة والعارية، بما فيها عارية الإستهلاك، فلا حكم لها قبل القبض.[3] وقد ذهب فقهاء المالكية إلى أن الهبة تعد صحيحة، متى حصلت

وقد استقر إجتهاد المحكمة العليا في قراراتها المشهورة، إلى أنه: **تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول، وهي لا تلزم إلا بالحيازة، التي هي شرط لتمام العقد**؛ مع مراعاة أحكام التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات، وأنه إذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة وفقا للمادة 206 من ق.أ.

"من المقرر **قانونا أنه من شروط إنعقاد الهبة الحيازة، التي هي شرط لتمام العقد**؛ مع مراعاة التوثيق لنقل الملكية العقارية عن طريق الهبة (م 206 من ق.أ)؛ كما أن حق الرجوع في الهبة يكون بموجب عقد رجوع توثيقي (م 211 من ق.أ)."

راجع **المحكمة العليا**، الغرف المجتمعة، 2009/02/23، ملف 444499، م.ق، 2009، العدد1، ص 107؛ غ.ع، 2005/05/25، ملف رقم 301501، مذكور في القضاء العقاري، 2011، ص 306؛ غ.م، 1994/11/09، ملف رقم 103656، ن.ق، 1997، العدد51، ص 67؛ 1995/06/07، ملف رقم 121664، م.ق، 1995، العدد1، ص111؛ غ.أ.ش، 2010/07/15، ملف رقم 554347، م.م.ع، 2010، العدد2، ص 255؛ 1991/06/18، ملف رقم 272055، م.ق، 1993، العدد3، ص72؛ 1990/02/19، ملف رقم 58700، م.ق، 1991، العدد4، س113؛ غ.م، 1986/02/24، ملف رقم 40651 غير منشور؛ 1986/04/21، ملف رقم 40457، م.ق، 1989، العدد2، ص72؛ 1982/02/22، ملف رقم 26990، ن.ق، 1982، عدد خاص، ص273؛ غ.م، 1982/01/11، ملف رقم 25554، ن.ق، 1982، عدد خاص، ص225.

[1] - يشترط القانون في الهبة العقارية تحرير عقد الهبة من قبل موظف مؤهل أو ضابط عمومي، في الشكل الرسمي الذي يتطلبه القانون، بحضور شاهدين، بتسجيلها وإشهارها تحت طائلة البطلان. أنظر **منصوري نورة**، هبة العقار في التشريع الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص 57 وما بعدها.

وراجع **المحكمة العليا**، غ.أ.ش، 1986/02/24، ملف رقم 40651، غير منشور؛ 1982/01/11، ملف رقم 25554، ن.ق، 1982، عدد خاص، ص 225؛ 1992/02/18، ملف رقم 81376، م.ق، 1993، العدد4، ص 88؛ 1998/03/13، ملف رقم 179724، م.إ.غ.أ.ش، عدد خاص، 2001، ص277؛ 1998/06/16، ملف رقم 197336، م.إ.غ.أ.ش، عدد خاص، 2001، ص284؛ 2010/07/15، ملف رقم 572205، م.م.ع، 2010، العدد2، ص 272؛ 2012/06/14، ملف رقم 692316، م.م.ع، 2012، العدد2، ص 261.

[2] - **المحكمة العليا**، غ.أ.ش.م ، 2007/07/11، ملف رقم 397861، ن.ق، 2014، عدد67، ص 241.

[3] - فإنه من المعلوم أن العقد العيني قبل التسليم، لا يكون موجودا بصفته هذه؛ كما هو الحال في عقد الهبة (م 206 من ق.أ)، وعقد العارية (م 538 و539)، وعقد الرهن الحيازي (م 948 و951)،

بين الأب وابنه، أو الموصي والقاصر الموضوع تحت وصايته ؛ فإذا تعذر القبض أو الحوز أو التسليم، لا يمنع ذلك من قيام الهبة شرعا، لوجود الوصاية الشرعية على هؤلاء[1]. ولا تشترط الحيازة في الوقف (Prise de possession)، لأن الحيازة تشترط في الهبة، وليس في الوقف (م 204 و205 و215 من ق.أ)[2].

وتعتبر الهبة في مرض الموت، والأمراض الخطيرة والحالات المخيفة، تصرفا بطريق التبرع مضافا إلى ما بعد الموت، أي وصية من الناحية الشرعية والقانونية، وتسري عليها أحكام الوصية، أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف ؛ وفقا لأحكام المادة 204 من ق.أ ؛ وكذا المادة 776 من ق.م[3]. كما أن المادة 1/408 من ق.م تعلق تصرف المريض مرض الموت بطريق الوصية على إجازة الورثة[4].

وعقد الوديعة (م 590-591)، وعقد القرض الإستهلاكي (م 451) ؛ وذلك لأن العقد العيني (Contrat réel)، يلزم لتمامه، علاوة على تراضي الطرفين، تسليم العين محل التعاقد من أحد الطرفين للآخر. ففي هذا العقد يعتبر التسليم ركنا فيه (لا يتم إلا بالقبض أي بحيازة الشيء محل التعاقد)، ولا ينعقد بمجرد التراضي. راجع د. **علي فيلالي**، الالتزامات، ج1، ص68 و310 ؛ دبلعاج العربي، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، فقرة 80 إلى 82.

Cf. A. Vialard, La formation du contrat, OPU, Alger, 1981, p. 32; M. Azzemou, Le formalisme contractuel en droit civil Algérien, Mém, Magiter, Univ d'Oran, 1982,p. 116. Voir aussi Ghestin (j). La formation du contrat, p.18; Bachelier (M.N.J). Existe-t-il encore des contrats réels en droit français?, R.T. Dr. Civ, 1985,1,62; Mouligner (N). Le contrat réel dans l'évolution du droit des contrats, R.R.J, 4/2004, p. 2233; Jamin (Ch) et Mazeaud (D). La nouvelle crise du contrat, Actes du colloque du 14 mai 2001, Dalloz, Paris, 2003.

[1]- راجع **مختصر خليل**، رقم 1303 ؛ **إبن جزي**، القوانين الفقهية، ص 242.

[2]- **المحكمة العليا**، غ.ع، 2012/03/15، ملف رقم 702225، م.م.ع، 2012، العدد2، ص 386.

[3]- **"من المقرر قانونا، أن الهبة لما بعد الموت تكون باطلة، لأنها لا تنفذ إلا بموت الواهب، وتأخذ حكم الوصية (المواد 204 من ق.أو 1/408 و776 من ق.م)".**

المحكمة العليا، غ.ع، 2002/04/24، ملف رقم 229397، غير منشور ؛ غ.أ.ش، 1998/06/16، ملف رقم 197335، م.إ.غ.أ.ش، عدد خاص، 2001، ص281 ؛ 1999/03/16، ملف رقم 219901، المرجع نفسه، ص 287 ؛ 1992/06/15، ملف رقم 318410، ن.ق، العدد59، ص 231 ؛ 1984/07/09، ملف رقم 33719، م.ق، 1989، العدد3، ص 51 ؛ 1999/03/16، ملف رقم 219901، م.ق، 2001، عدد خاص، ص 287 ؛ 1998/06/16، ملف رقم 197335، نفس المرجع، ص 281 ؛ 1998/03/17، ملف رقم 186058، م.ق، 1999، العدد1 ؛ 1991/05/28، ملف رقم 74249، م.ق، 1993، العدد2 ؛ 1990/03/05، ملف رقم 59240، م.ق، 1993، العدد3 ؛ 1984/07/09، ملف رقم 33719، م.ق، 1989، عدد 3، ص51.

[4]- **المحكمة العليا**، غ.م، 1996/07/09، ملف رقم 139123، م.ق، 1991، العدد4، ص 68 ؛ م.ق، 1996، العدد2، ص80 ؛ غ.أ.ش، 1984/11/22، ملف رقم 31833، م.ق، 1989، العدد3، ص 65.

وهو ما قضت به الغرفة العقارية لدى المحكمة العليا في قرار مشهور لها، من أن : "**القضاء بإبطال عقد هبة في مرض الموت، دون مراعاة المبدأ القانوني الذي يقرر بأن الهبة في مرض الموت تعتبر وصية، ويستفيد منها الموهوب له، في حدود ما يسمح بذلك موضوع الوصية ؛ يعد مخالفة للقانون، مما ينجر عنه النقض**"[1].

كما حكمت نفس الغرفة لدى المحكمة العليا في قرار حديث، مؤرخ في 2013/11/13، ملف رقم 799759، بأنه : "**يحق للدائن قانونا، المطالبة بعدم نفاذ الهبة العقارية المحررة من الزوج الواهب لزوجته الموهوب لها، للتهرب من الدين المترتب في ذمته، بعد حلول أجل هذا الدين المنصب على عقار داخل في أصول المدين الضامنة للوفاء بالدين المستحق ؛ مما يعد تصرفا ضارا بالدائن، يترتب عنه إعسار المدين أو الزيادة في إعساره، وفقا لأحكام المادتين 188 و191 من ق.م**"[2].

وهذا إجتهاد قضائي سليم، يقوم على أسس قانونية، لأنه يحق للدائن الطعن في التصرفات الضارة به، التي يقدم عليها المدين بغش أو بسوء نية ، لحماية حقه في الضمان العام والمحافظة عليه (Gage commun)، من كل إحتيال أو تهريب أو تقصير (م 188 إلى 202 من ق.م)، سواء كانت هذه التصرفات من المعاوضات أو التبرعات، ولو ب "**الدعوى البوليصية**" أو "البوليانية" (Action Paulienne)، أي **دعوى عدم نفاذ التصرف**، إذا كان التصرف قد أنقص من حقوق المدين، أو أدى إلى الزيادة في إلتزاماته (م 188 و192 من ق.م)[3].

وتكون شروط إعمال الدعوى البوليصية سهلة في عقود التبرعات، كعقد الهبة مثلا ؛ إذ أن مجرد التبرع ينطوي على أضرار واضح بالدائن، لأنه تصرف بدون مقابل، أي مفقر للمدين، يترتب عنه إعساره أو الزيادة في إعساره ؛[4] مما يسمح للدائن الطعن فيها عن طريق هذه الدعوى، وهو ما أقرته المحكمة العليا في إجتهاداتها القضائية المشهورة.[1]

---

1 - المحكمة العليا ،غ.ع، 2002/04/24، ملف رقم 229397، غير منشور.
2 - المحكمة العليا ،غ.ع، 2013/11/13، ملف رقم 799759، م.م.ع، 2013، العدد2، ص311.
3 - المحكمة العليا ، غ.م، 2009/11/22، ملف رقم 459015، م.م.ع، 2009، العدد2، ص147.
4 - لأن التصرف التبرعي بدون مقابل، ولو بغير محاباة، كالهبة مثلا، يؤدي إلى إنقاص الضمان العام، أي الى إعسار المدين، أو يزيد في إعساره وإفلاسه ؛ فلا يجوز للمدين الذي أحاطت الديون

ثانيا : الرجوع في عقد الهبة

ولا يجوز شرعا وقانونا الرجوع عن الهبة، فلا يملك الواهب وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية حق الرجوع عن الهبة، لأن عقد الهبة هو عقد لازم، لا يجوز الرجوع فيه (م 206 و211 من ق.أ)[2]؛ **غير أنه للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما كحالة إستثنائية، ما لم يوجد مانع من الموانع** الثلاثة المنصوص عليه على سبيل الحصر في المادة 211 من ق.أ.[3] وحق الرجوع في الهبة حق شخصي مقرر للأبوين فقط، فلا ينتقل لورثتهما بالميراث، فلا يجوز للورثة بعد وفاة الواهب ممارسة هذا الحق.[4]

ويتم الرجوع في عقد الهبة إما بالتراضي (بأن يتفق الطرفان على إنهاء عقد الهبة المبرم بينهما، وإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد)، **وإما بالتقاضي** (باللجوء إلى القضاء للمطالبة بالرجوع في عقد الهبة).[5] ويكفي

بأمواله، أو دخل في حالة الإعسار أو الإفلاس العام، أن يتبرع بماله قانونا. وذلك لأنه ستكون جميع أمواله وقت التنفيذ، من منقولات وعقارات، محلا للوفاء بجميع ديونه ؛ ويجوز للدائن طلب حماية أموال الضمان العام والمحافظة عليها، وكذا طلب وضع أمواله تحت يد القضاء، لمنع مدينه سيء النية من القيام بأي تصرف يضر بحقوقه (م 189 إلى 202 من ق.م، و600 وما بعدها من القانون رقم 09/08 المتضمن ق.إ.م.إ).

راجع هنا: د. **بلحاج العربي**، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط2، 2016، المرجع المذكور، ص 34 و266 وما بعدها ؛ د. **العربي شحط عبد القادر**، طرق التنفيذ في المواد المدنية والإدارية، منشورات الألفية الثالثة، وهران، 2010، ص 48 وما بعدها.

[1]- **المحكمة العليا**، غ.م، 2009/11/22، ملف رقم 459015، المشار إليه سابقا ؛ 2002/02/06، ملف رقم 254083، م.ق، 2003، العدد1، ص183 ؛ 1990/10/17، م.ق، 1991، العدد 1، ص79 ؛ 1985/10/28، ملف رقم 36466، م.ق، 1989، العدد 1، ص200.

[2]- لا يجوز للأصل الواهب، الرجوع عن الهبة، بعد وفاة الفرع الموهوب له. أنظر المحكمة العليا، غ.ش.أ.م، 2012/06/14، ملف رقم 692316، م.م.ع، 2012، العدد2، ص 261.

"من المقرر قانونا، أنه للأبوين دون غيرهما، حق الرجوع في الهبة لولدهما، طبقا لنص المادة 211 من ق.أ". أنظر **المحكمة العليا**، غ.ع، 2009/05/13، ملف رقم 613091، م.م.ع، 2010، العدد2، ص281 ؛ غ.م، 2006/02/15، ملف رقم 328682، م.م.ع، 20006، العدد1، ص 237 ؛ 2000/11/21، ملف رقم 252985، م.م.ع، 2011، العدد2، ص278. وراجع تفاصيل ذلك: **شيخ نسيمة**، الرجوع في عقد الهبة في القانون الجزائري، م.م.ع، 2013، العدد2، ص 113.

[3] - **المحكمة العليا**، غ.أ.ش، 1998/03/11، ملف رقم 153622، م.ق، 1997، العدد2، ص69.

[4] - **المحكمة العليا**، غ.أ.ش.م، 2006/06/14، ملف رقم 367996، م.م.ع، 2007، العدد1، ص479.

[5] - أنظر **شيخ نسيمة**، الرجوع في عقد الهبة في القانون الجزائري، البحث المذكور، ص 90 وما بعدها ؛ **لعروم مصطفى**، عقد الهبة، مجلة الموثق، 1999، العدد8، ص 21 ؛ د. **محمد تقية**، الهبة في قانون الأسرة الجزائري، د.و.أ.ت، الجزائر، 2003، ص 259 وما بعدها ؛ وراجع د. جمال الدين

التصريح بالرجوع في الهبة أمام الموثق بإرادة منفردة، لإزالة آثار عقد الهبة، مهما كان سن الواهب في الحالات المحصورة قانونا (م 211 من ق.ا)[1]؛ ونشير إلى أن الهبة بقصد المنفعة العامة لا رجعة فيها (م 212 من ق.ا).[2]

وجدير بالتنويه ههنا، أن المحكمة العليا في قرار إجتهادي مبدئي مشهور لغرفها المجتمعة، صادر بتاريخ 2009/02/23، ملف رقم 444499، حكمت بحق الرجوع في الهبة للأبوين، بموجب عقد توثيقي يبرمه الواهب بمحض إرادته المنفردة (وهو الرجوع في الهبة بالتراضي)؛ أو بطريق رفع دعوى قضائية لإبطال عقد الهبة أمام الجهة القضائية المختصة (وهو الرجوع في الهبة بالتقاضي)؛ وذلك لأن المادة 211 من ق.ا تضمنت الأحكام العامة فقط، دونما تحديد للإجراءات الواجب إتباعها من قبل الواهب لإثبات رغبته في الرجوع في الهبة لولده.[3]

ومن المعلوم في هذا الشأن، أنه عملا بأحكام المادة 85 من المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتضمن تأسيس السجل العقاري، المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم 123/93 المؤرخ في 1993/05/19، وكذا المادة 17 من ق.إ.م.إ الجديد؛ **يتعين على الواهب شهر دعوى الرجوع المرفوعة أمام المحكمة المختصة بالمحافظة العقارية**، إذا كان الشيء الموهوب عقارا؛[4] وهذا للمحافظة على حقوق المدعي الواهب من جهة، وكذا لإعلام الغير بأن العقار الموهوب هو محل نزاع أمام القضاء من جهة

العاقل، الرجوع في الهبة، مجلة الأمن والقانون، كلية شرطة دبي، الإمارات، السنة6، يناير 1998، العدد 1، ص 30 وما بعدها.

[1] - المحكمة العليا، غ.ت.ب، 2005/04/13، ملف رقم 342915، م.م.ع، 2005، العدد1، ص179؛ غ.أ.ش، 2000/10/17، ملف رقم 249828، غير منشور؛ 2005/05/18، ملف رقم 330258، م.م.ع، 2005، العدد2، ص 377؛ غ.م، 2005/09/21، ملف رقم 311085، ن.ق، العدد59، ص 180؛ 1999/03/17، ملف رقم 177428، م.ق، 2000، العدد2، ص 81؛ 1993/03/11، ملف رقم 153622، م.ق، 1997، العدد2، ص 69.

والمقصود بالأبوين وفقا للأحكام الواردة في المادة 211 من ق.ا، الأب والأم فقط، دون الجد والجدة؛ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2010/07/15، ملف رقم 554347، م.م.ع، 2010، العدد2، ص255.

[2] - المحكمة العليا، غ.إ.د، 1997/01/19، ملف رقم 116191، م.ق، 1997، العدد2، ص114.

[3] - المحكمة العليا، الغرف المجتمعة، 2009/02/25، ملف رقم 444499، م.م.ع، 2009، العدد1، ص107.

[4] - مجلس الدولة، غ1، 2001/09/24، ملف رقم 004851، م.م.د، 2002، العدد1، ص 135؛ المحكمة العليا، غ.ع، 2000/04/26، ملف رقم 194437، م.ق، 2000، العدد1، ص159.

أخرى،[1] فيسترد الواهب المتراجع عن العين الموهوبة خالية من أي حق تم ترتيبه للغير، من جراء إبطال عقد الهبة وإزالة أثرها الأصلي، وما على المتصرف إليه سوى الرجوع على الموهوب له بإسترداد ما دفع دون وجه حق، وفقا للقواعد العامة المقررة قانونا.[2]

ج- الحماية المدنية للملكية العقارية الخاصة

إذا تم إستظهار السند الرسمي المشهر للملكية الصادرمن الجهة العقارية المختصة، أي العقد الرسمي التوثيقي الذي خضع لإجراءات التسجيل والإشهار العقاري، فإن التشريع الجزائري يخول للمالك حق التمتع والتصرف في المال العقاري (أو الحقوق العينية)، واستعماله واستغلاله واستثماره والتصرف فيه، وفقا لطبيعته أو غرضه ؛ كما يوفر له الحماية الدستورية المدنية القانونية للملكية العقارية الخاصة (Protection de la propriété).

ومن أهم الدعاوى المدنية المقررة لحماية الملكية العقارية في القانون الجزائري نذكر على وجه الخصوص ما يلي :

أولا : دعوى الإستحقاق :

وهي الدعوى التي يرفعها المالك **لتثبيت حق ملكيته على العقار أو حق عيني آخر، في حالة وجود منازع للمالك في ملكيته**، للمطالبة القضائية بملكيته التي تكون تحت يد الغير، وحقه في استغلالها والتمتع بها ؛ وهي لا تسقط بمضي المدة أي بالتقادم، ويكون إثباتها بموجبعقد رسمي خضع لإجراءات التسجيل والإشهار العقاري كما أشرنا.

وتعطي شهادة الترقيم المؤقت لصاحبها صفة المالك الظاهر، وبالتالي صفة التقاضي (م 13 من القانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية

---

[1] - د. ويس فتحي، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، المرجع المذكور، ص 619 وما بعدها ؛ أ. حمدي باشا عمر، شهر الدعاوى العقارية، مجلة الموثق، 2000، العدد9.

[2] - أ. حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، المرجع المذكور، ص 49 وما بعدها ؛ وراجع تفصيل ذلك: شيخ نسيمة، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2012 ؛ماية دقايسية، أحكام الرجوع في عقود التبرعات، دار هومه، الجزائر، 2015 ؛ شيخ نسيمة، الرجوع في عقد الهبة في القانون الجزائري، البحث المذكور، ص 90 وما بعدها.

الإدارية) ؛ مما يؤدي إلى حصوله على الدفتر العقاري ذي القوة الإثباتية، طالما لم يطعن فيه قضائيا (الأمر رقم 74/45 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، والمرسوم رقم 62/76 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام).[1] فلا يشترط القانون لقبول الدعوى أمام الجهة المختصة لاحقا، وجوب الإعتراض المسبق على الترقيم المؤقت، أمام اللجنة البلدية لمسح الأراضي (م 7 من المرسوم رقم 62/76، و1 من المرسوم التنفيذي رقم 134/92).[2]

ثانيا : دعوى منع التعدي :

وهي الدعوى التي يرفعها المالك لرفع التعرض، **إذا تعرض الغير لملكيته، بحرمانه من ممارسة سلطاته القانونية**، وهي الاستعمال والاستغلال والتصرف على ملكيته ؛ كمحاولة شخص أجنبي منع المالك من زراعة أرضه، أو منعه من البناء عليها أو استغلالها أو استثمارها. ملتمسا إلزام الشاغلين بالإحلاء ؛[3] ويقع على المدعي قانونا إثبات التعدي على الملكية، والملكية المدعى بها.[4] كما أنه لا تقادم في دعوى التعدي على الملكية (م 674 من ق.م).[5]

ويجوز للمالك المتضرر رفع دعوى طرد الشاغل من دون سند، لوضع حد للاعتداء الصادر من هذا الشاغل عديم السند القانوني بمجرد دعوى إستعجالية لحماية صاحب حق الملكية العقارية ؛ وعدم منح أي فرصة للمعتدي في الاستفادة من إجراءات التقاضي الطويلة نسبيا أمام قاضي الموضوع.[6] ولا تخضع دعوى منع

---

[1] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2006/11/15، ملف رقم 367715.

[2] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2012/04/12، ملف رقم 704846، م.م.ع، 2012، العدد2، ص 390.

[3] - **المحكمة العليا**، غ.م، 1989/04/05، ملف رقم 52039، م.ق، 1990، العدد3، ص 44 ؛ أنظر د.**ريش محمد**، جريمة التعدي على الملكية العقارية، المجلة الجزائرية، جامعة الجزائر، عدد خاص، 2013، ص 83.

[4] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2006/10/11، ملف رقم 373442، ن.ق، 2014، العدد67، ص 171. راجع هنا: أ. **بيوت نذير**، معاينة حق الملكية وتسليم مستندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري وفقا للقانون رقم 02/07 المؤرخ في 2007/02/27، إ.ق.غ.ع، م.م.ع، عدد خاص، ج3، 2010، ص 19.

[5] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2012/10/11، ملف رقم 712500، م.م.ع، 2012، العدد2، ص 394.

[6] - أنظر **سالم حمزة**، الدعاوى الإستعجالية، دار هومه، الجزائر، 2013، ص 328 وما بعدها. **المحكمة العليا**، غ.م، 1984/07/09، ملف رقم 31826، م.ق، 1989، العدد3، ص 146 ؛ 1983/02/07، ملف رقم 30616، م.ق، 1989، العدد1، ص 168 ؛ **مجلس الدولة**، 2001/09/11، ملف رقم 007988، م.م.د، 2002، العدد1، ص 131.

التعدي على الملكية العقارية، للشهر المسبق، المنصوص عليه في المادة 85 من المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25[1].

وعلى قضاة الموضوع في دعوى حق الملكية والتعدي عليها، الذي يلتمس فيها المدعي إلزام الشاغلين بالإخلاء، أن يبينوا بدقة أصل الملكية المدعى بها، والتثبت من المزاعم المدعى بها، وأن يحددوا بدقة تاريخ التعدي المزعوم؛ وعدم الإعتماد على الخبرة وحدها دون مناقشة وثائق ومستندات الطرفين، ودون الرد على الأوجه المثارة؛ لأن ذلك يعد قصورا يعرض حكمهم للنقض[2].

وقضت المحكمة العليا بأن : **حق الملكية هو حق الإستغلال والتمتع**، ومن ثم فإن طلب الطاعن الرامي إلى مواصلة أشغال البناء، بعدم التعرض له في استغلال وحيازة القطعة الأرضية محل النزاع خلال إجراءات السير في دعوى الملكية، لا يعتبر طلبا جديدا، لأنه حق منبثق من حق الملكية والإستغلال[3].

ثالثا : دعوى وقف الأعمال في الملكية :

وهي الدعوى التي يرفعها المالك **لوقف الأشغال التي يقوم بها الغير**، والتي من شأنها تهديد ملكيته بحرمانه منها إذا استمرت هذه الأشغال إلى نهايتها؛ كقيام شخص أجنبي بتشييد منشآت أو مباني دون ترخيص من المالك، أو قيامه بزراعة أرض وغراسها دون إذن من صاحبها؛ أو قيام شخص بإقامة بناء في حدود أرضه لو أنه استمر فيه إلى نهاية الأشغال لسد النور والهواء عنه أو لسد مطلا له وهكذا.

3- إنتقال ملكية المنقول :

المنقول وفقا للمادة 683 من ق.م، هو الشيء الذي يمكن نقله من محل إلى محل آخر، كالنقود والعروض والحيوانات والمكيلات والموزونات...؛ ومن تم تنتقل ملكية المنقول كأصل عام بالتسليم في القانون المدني الجزائري، مع مراعاة بعض المنقولات التي أخضعها القانون الجزائري إستثناءا لتسجيل

---

[1] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2008/03/12، ملف رقم 440769، م.م.ع، 2008، العدد1، ص 221.
[2] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2006/10/11، ملف رقم 373442، المشار إليه.
[3] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2002/07/25، ملف رقم 215762، م.ق، 2002، العدد1، ص 279.

الحقوق المتعلقة بها، نظرا لإرتفاع قيمتها أو لأهميتها أو لخطورتها ؛ ولا يجوز قانونا التصرف في المنقول قبل إستلامه، خشية هلاكه قبل التسليم فيبطل العقد (م 92 من ق.م).

وسنتطرق فيما يلي : لأحكام إنتقال ملكية المنقول المعين بالذات، ثم للمنقول المعين بالنوع، وكذا للمنقول الخاضع لإجراءات التسجيل، وأخيرا نبين كيفية إنتقال الملكية في المنقولات المستقبلية.

أ- المنقول المعين بالذات :

القاعدة العامة في القانون المدني الجزائري أنه : **تنتقل الملكية في المنقول المعين بالذات** (Corps certain) **بمجرد إنعقاد العقد، ما لم ينص القانون أو الإتفاق بغير ذلك** (كنقل ملكية الحصان والآلة والمجوهرات والأحجار الكريمة والتحف الفنية والمصنوعات اليدوية وغيرها...) ؛ بشرط أن يكون الشيء معينا بالذات موجودا وقت إبرام العقد، ومملوكا للمتصرف وقت التعاقد، لأن الملكية لا تنتقل إلا عن مالك ؛ وأن يكون هذا المنقول المعين بالذات داخلا في دائرة التعامل الشرعي، دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل وقوانين الشهر التي يتطلبها القانون.[1]

إن الملكية في المنقول المعين بالذات، تنتقل بمجرد تمام العقد، وفقا لأحكام المادة 165 و231 و792 من ق.م ؛ أي أنها تنتقل فورا بمجرد إبرام العقد، فيكون عقد البيع ذاته هو الذي ينقل الملكية، بعد أن يترتب عنه إلتزاما قانونيا بنقلها فورا بمجرد نشوئه، ويتم تنفيذه فورا ؛ ويجب على البائع تسليم ذات الشيء ذاته المتفق عليه، ولا يجبر المشتري على قبول شيء آخر، ولو كان أكبر قيمة ؛ **فتنتقل الملكية فورا بمجرد تمام العقد في المنقول المعين بالذات**، سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير.[2]

---

[1] - د. محمد السعدي، عقد البيع والمقايضة، دار الهدى، 2008، ص 181 وما يليها.

[2] - فإذا باع شخص شيئا معينا بالذات، وهو لا يملكه (وهو ما يسمى بالتعامل في ملك الغير)، فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع وفقا للمواد 397 و398 و399 من ق.م.
راجع المحكمة العليا، غ.م، 2000/01/12، ملف رقم 216365 ؛ 1994/04/06، ملف رقم 108763 ؛ 1993/12/22، ملف رقم 106893، م.ق، 1994، العدد3، ص 29.

ومن هنا تظهر أهمية التفرقة بين الأشياء المثلية (Biens fongibles) والأشياء القيمية (Biens non fongibles) أثناء الوفاء بالإلتزام ونقل الملكية؛ ذلك أنه إذا كان الإلتزام بإعطاء شيء مثلي، فالمدين يعتبر قد نفذ التزامه متى أعطى الدائن ما التزم به من نفس النوع ومن صنف متوسط؛ أما إذا كان الإلتزام محله شيئا قيميا، فلا يعد الإلتزام منفذا إلا إذا أعطى المدين دائنه نفس الشيء دون غيره من الأشياء.[1]

ومن ثم، يكون المدين مسؤولا عن العيوب التي تحصل منذ تاريخ إبرام العقد، دون الإخلال بقواعد التسجيل لدى المصالح الرسمية المختصة، لإنتقال ملكية العقارات وكذا بعض المنقولات المحددة (كالسفن والطائرات والسيارات والبندقية وغيرها...)، والتي تخضع في إنتقالها لأحكام بعض الأنظمة والقوانين الخاصة.[2]

إن القانون الجزائري يعلق إنتقال ملكية العقار على التسجيل وفقا للمادة 324 مكررا 1 و793 ق.م، وفي المنقول المعين بالنوع على إفراز المبيع طبقا للمادة 166 ق.م؛ وكل من التسجيل والإفراز من الأعمال التمهيدية التي يلتزم بها البائع حتى تنتقل الملكية إلى المشتري؛ في حين إذا كان المبيع منقولا معينا بالذات يملكه الملتزم، فإن الملكية تنتقل فورا بمجرد إنعقاد العقد من البائع إلى المشتري، وفقا لأحكام المادتين 165 و792 ق.م دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل.[3]

ب- المنقول المعين بالنوع :

لا تنتقل الملكية في المنقول الذي لم يعين إلا بنوعه، إلا من وقت إفرازه طبقا للمادة 166 من ق.م، وهذه هي القاعدة العامة في القانون الجزائري؛ أي

---

[1] - د. بلحاج العربي، أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، ط2، 2015، المرجع المذكور، ص 66 إلى 83.

[2] - لا تنتقل ملكية المنقول الخاضع لإجراءات التسجيل، كالسيارات مثلا، إلا بعد تسجيلها لدى دوائر التسجيل المختصة والحصول على البطاقة الرمادية، وفقا لأحكام الأنظمة القوانين الخاصة. أنظر المحكمة العليا، غ.م، 2002/07/24، ملف رقم 263672، م.ق، 2004، العدد 1، ص 90.

[3] - د. بلحاج العربي، الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية، دار هومه، 2014، ص 277 وما بعدها؛ أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع المذكور، ص 66 إلى 83.

من وقت إفرازه عن غيره. ومثاله : الحبوب والزيوت والذهب والفضة والساعات والخضروات والفواكه والمنسوجات والأقمشة والمعلبات ؛ وغيرها من عروض التجارة والأموال المعينة بالنوع، التي تقدر في التعامل بين الناس بالوزن أو الكيل أو العدد أو المقاس أو وضع علامات على الصناديق التي تحتوي المنقولات المعينة بنوعها.

فإذا ورد الإلتزام على شيء لم يعين إلا بنوعه (Genre de chose)، **فلا تنقل الملكية في الأشياء المعينة بالنوع، إلا بعد إفراز الشيء المبيع حتى تنقل ملكيته**، وفقا لمقتضيات المواد 166 و355 و361 و686 من القانون المدني الجزائري. ومن ثم، يبقى الشيء المبيع في ضمان البائع، إلا أن يتم الوزن أو العد أو القياس أو وضع علامات لتعيينه ؛ أي تظل تبعة الهلاك على البائع لأنه المالك، لحين تعيين المبيع بإفرازه وتسليمه للمشتري في الوقت والمكان المتفق عليه.[1]

وبناء على هذا ، **إذا ورد العقد على نقل شيء لم يعين إلا بنوعه** ومقداره، فلا ينتقل الحق في التنفيذ العيني، **إلا من وقت تمام إفراز هذا الشيء وتمييزه عن غيره.**[2] ومن ثم، إذا ورد العقد على نقل شيء لم يعين إلا بنوعه، فلا ينتقل الحق العيني، **ولا تنتقل الملكية قانونا إلا بإفراز هذا الشيء وفقا لمقتضيات المادة 166 و361 من ق.م.**[3] وهذا معناه أنه **بالإفراز يصبح الشيء المبيع شيئا معينا بالذات**، ومن ثم، **تنتقل ملكيته بالعقد**، كما أشرنا سابقا.[4]

فإذا امتنع البائع (المدين) عن تنفيذ إلتزامه بالإفراز لتعيين حق المشتري (الدائن)، جاز لهذا الأخير إعذاره على التنفيذ العيني وفقا لأحكام المادة 166 من ق.م متى كان ذلك ممكنا، ثم له إجباره بشيء من

1- **د. محمد السعدي**، عقد البيع والمقايضة، المرجع المذكور، ص 191 وما يليها ؛ **د. سي يوسف زاهية حورية**، الوجيز في عقد البيع، دار الأمل، 2008، ص 112 وما بعدها.

2- فإن تنفيذ المدين لإلتزامه بنقل ملكية المنقول المعين بالنوع، يقتضي منه القيام أولا بالإفراز، لتحويل الشيء من معين بالنوع إلى معين بالذات.

3- **د. سي يوسف زاهية حورية**، الوجيز في عقد البيع، المرجع المذكور، ص 112 وما بعدها.

4- وذلك لأن الملكية لا ترد إلا على شيء معين بالذات.

النوع ذاته على نفقته، بعد إستئذان القاضي، أو دون إستئذانه في حالة الإستعجال ؛ وبالتعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء عدم قيام البائع بالفرز (طبقا لأحكام المسؤولية العقدية).[1]

ج- المنقول الخاضع لإجراءات التسجيل :

لا تنتقل الملكية في المنقول الخاضع لإجراءات التسجيل إلا من تاريخ التسجيل لدى مصلحة التسجيل المختصة، أي بتسجيله في السجلات الخاصة الرسمية، كما هو الحال في **انتقال الملكية في بعض المنقولات الخطرة** كالمركبات أي السيارات، وبندقية الصيد، والطائرات، والسفن، وغيرها... ؛ فلا يتم الإنتقال القانوني للملكية إلا بعد تسجيلها في السجلات الخاصة لدى الجهات الحكومية المختصة.

فإنه **يستوجب مثلا تسجيل جميع السيارات لدى مصالح الإدارية المختصة**، وضرورة الحصول على البطاقة الرمادية لإثبات نتقال ملكيتها بصفة قانونية، كما أن عقد رهن السيارة يتم لدى الإدارة نفسها ؛ فلا يجوز إثبات ملكية السيارة باليمين وفقا لإجتهادات المحكمة العليا الحديثة.[2]

كما أن **إنتقال المنقولات المعنوية غير المادية**، باعتبارها حقوقا مالية، كالعلامات التجارية، وبراءات الإختراع، والنماذج الصناعية، والأسماء التجارية، وحقوق التأليف وغيرها، هي حقوق خاصة مسجلة بأسماء أصحابها، لا تنتقل الملكية فيها إلا بتسجيلها في سجلات خاصة لدى المصالح المختصة لحماية الملكية الفكرية والصناعية والتجارية.

د- إنتقال المنقولات المستقبلية :

وأما بالنسبة للمنقولات المستقبلية، وهي المنقولات غير موجودة وقت إبرام العقد ؛ **فلا تنتقل الملكية المتعلقة بها، إلا بعد وجودها بصفة محققة**

1- وله أن يشتري من السوق شيئا من النوع ذاته على نفقة البائع (المدين) بعد إعذاره، بعد إستئذان المحكمة المختصة. أنظر د. بلحاج العربي، أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع المذكور، ص 68 و69 و107 ما بعدها.

2 - إن إثبات ملكية السيارة يتم بالبطاقة الرمادية المسلمة من المصالح الإدارية المختصة، وعدم جواز الإثبات بشأنها باليمين المتممة. **المحكمة العليا**، غ.م، 2007/07/24، ملف رقم 263672، م.ق، 2004، العدد 1، ص 90.

مستقبلا بغير ضرر، فيتم التعاقد بشأنها ؛ فيكون العقد عندئذ معلقا على شرط واقف، وهو وجود الشيء أو تحققه مستقبلا، وعند تخلف الشرط يتحلل المدين من إلتزامه، ما لم يكن تخلف المدين بخطأ منه.[1]

وعلى هذا، فإن **ملكية الأشياء المستقبلية، لا تنتقل بمجرد العقد، لأنها ليست موجودة بعد**، وستوجد في فترة لاحقة بعد تصنيعها، كشراء الأثاث أو المفروشات أو الآلات التي يطلب المشتري في تصنيعها مواصفات معينة ؛ **فتنتقل الملكية بشأنها بعد الإنتهاء من صنعها** ؛ وهو نوع من البيوع المعروفة لدى فقهاء الشريعة الإسلامية تحت مصطلح "عقد الإستصناع".[2]

المطلب الثالث

الميراث والوصية

(Succession etTestament)

وهي الملكية الإستخلافية التي تتقرر بالوفاة، بطريق المواريث والوصايا، وهي سبب من أسباب كسب الملكية في القانون الجزائري ؛ وفي هذا نصت المادة 774 من ق.م على أنه : "**تسري أحكام قانون الأحوال الشخصية، على تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الميراث، وعلى إنتقال أموال التركة**،" كما أشارت المادة 775 إلى أنه : "**يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية والنصوص القانونية المتعلقة بها**".

وقد نظم المشرع الجزائري إنتقال الملكية بالإرث في قانون الأسرة في المواد من 126 إلى 183 منه، كما نظم إنتقال الملكية بالوصية في المواد من 184 إلى 201 منه، وكذا في المواد من 775 إلى 777 من ق.م ؛ وهو القانون رقم 11/84 المؤرخ في 1984/06/12،[3] المعدل بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27.[4]

---

[1] - **المحكمة العليا**، غ.م، 1988/11/15، ملف رقم 53461، م.ق، 1993، العدد3، ص 139 ؛ راجع د. **بلحاج العربي**، أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، فقرة 366 وما بعدها.

[2] - وتحفظوا على التعاقد على الشيء المعدوم في المعاوضات، لأن ذلك قد يؤدي إلى الغرر والجهالة والقمار ؛ راجع د. **مصطفى الزرقاء**، المدخل الفقهي العام، ج1، ص 205 ؛ د. **عبد الرزاق السنهوري**، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج36، ص 14.

[3] - المنشور بالجريدة الرسمية، الصادرة بتاريخ 1984/06/12.

[4] - الجريدة الرسمية، العدد15، لسنة 2005، المؤرخة في 2005/02/27.

ونتطرق لأحكام الملكية الإستخلافية بالمواريث والوصايا، كسبب من أسباب كسب الملكية، وخاصة منها القواعد المهمة المتعلقة بالحقوق العينية ؛[1] بتوضيح كيفية إنتقال الملكية بصددها، وتبيان متى يصبح الوارث أو الموصى له مالكا؟، وما هي الضمانات الشرعية والقانونية التي تحمي دائني التركة من تصرفات الورثة؟، وتوضيح ذلك بصورة موجزة فيما يلي :

أ- الخلافة بالميراث (La Succession) :

الميراث كسبب من أسباب كسب الملكية بسبب الوفاة : هو ما **يخلفه المورث من أموال جمعها وتملكها أثناء حياته**، فهو انتقال هذه الأموال المتروكة بمجرد وفاته إلى ورثته الشرعيين ؛ وهو من أهم أسباب إكتساب الملكبة بعد العقد ؛[2] **فالوارث هو الخلف العام الذي يقوم مقام سلفه المورث، ويخلفه في جميع حقوقه المالية**، مع مراعاة القواعد المتعلقة بالتركات والمواريث.[3]

وتستحق ملكية الميراث بمجرد موت المورث حقيقية أو حكما بحكم القاضي، فيحل الورثة الشرعيين محل مورثهم بقوة الشرع والقانون في أملاكه.[4] ومن ثم، يعد باطلا شرعا وقانونا، الإتفاق بخصوص تقسيم

---

[1] - فلا يهمنا ههنا دراسة أحكام المواريث والوصايا، مما يخضع أساسا لأحكام قانون الأسرة والأحوال الشخصية وفقا للشريعة الإسلامية، وهو مما يدخل في مقررات جامعية أخرى.
وفي هذا راجع: **د. بلحاج العربي**، أحكام التركات والمواريث وفق قانون الأسرة الجزائري الجديد، دار هومه، ط2، 2015 ؛ ولنفس المؤلف، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، د.م.ج، ج2، الميراث والوصية، ط6، 2011، ص 274 وما يليها ؛ قانون الأسرة الجزائري الجديد معلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة، د.م.ج، الجزائر، ط4، مزيدة ومنقحة، 2012.

[2] - **"من المقرر قانونا أنه تنتقل التركة بقوة القانون بمجرد وفاة المورث**، وفقا لأحكام المواد 774 و827 و829 من ق.م، **وأن التركة هي سبب من أسباب كسب الملكية، وإثباتها غير محصور في العقد الرسمي فقط."**
المحكمة العليا، غ.ع، 2014/06/12، ملف رقم 853794، م.م.ع، 2014، العدد2، ص 315 ؛ 2014/03/13، ملف رقم 835419، المجلة نفسها، 2014، العدد1، ص 360 ؛ غ.م، 1982/04/14، ملف رقم 24770، م.ق، 1989، العدد4، ص 55 ؛ 1966/02/20، م.ج، 1968، العدد4، ص 227.

[3] - **المحكمة العليا**، غ.م، 1999/02/03، ملف رقم 174416، م.ق، 1999، العدد1، ص 97.

[4] - **من المقرر قانونا أن الحقوق الميراثية تنتقل إلى الورثة بمجرد الوفاة**، طبقا للمادة 91 من المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بالدفتر العقاري، والمادة 324 مكرر من ق.م ؛ وأن التركة

تركة شخص ما زال على قيد الحياة ولو بموافقته، إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون.[1]

فقد نصت المادة 2/64 من القانون رقم 02/16 المؤرخ في 2016/03/06، المتضمن التعديل الدستوري الجزائري الجديد لعام 2016، على أن : "حق الإرث مضمون."[2]

كما أشارت المادة 774 من ق.م على أنه : "**تسري أحكام قانون الأحوال الشخصية، على تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الميراث، وعلى إنتقال أموال التركة**". ومن ثم، فإنه يستوجب تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية الواردة في قانون الأسرة الجزائري فيما يتعلق بالميراث (م 126 إلى 183 من ق.أ) ؛ فهي التي تعين الورثة الشرعيين ومراتبهم وأنصبتهم في الإرث، وأحكام تصفية التركة، وكيفية إنتقال النصيب من المورث إلى الوارث، بعد تطبيق قاعدة : "**لا تركة إلا بعد سداد الديون**".

أولا : وقت إنتقال أموال التركة إلى الورثة

تنتقل التركة بقوة القانون إلى ملك الورثة الشرعيين بمجرد وفاة المورث، لأن الميراث يعد سببا من أسباب كسب الملكية في القانون المدني الجزائري (م 774 من ق.م، و127 من ق.أ) ؛[3] ولكن التركة إذا كانت محملة

لا تفتح إلا بعد موت المورث وفقا لأحكام المادة 127 من ق.أ. ومن ثم، **يعد باطلا بطلانا مطلقا الإتفاق بخصوص تركة شخص مازال على قيد الحياة طبقا للمادة 92 من ق.م.**

انظر **المحكمة العليا**، غ.م، 2011/02/17، ملف رقم 572702، م.م.ع، 2011، العدد1، ص 92 ؛ غ.ع، 2009/10/15، ملف رقم 547042، إ.ق.غ.ع، عدد خاص، 2010، ج3، ص 305 ؛ 2008/12/17، ملف رقم 477874، م.م.ع، 2008، العدد2، ص 265 ؛ 2006/05/17، ملف رقم 348247، م.م.ع، 2006، العدد2، ص 395 ؛ غ.أ.ش، 1998/03/17، ملف رقم 179555، م.ق، 2001، عدد خاص، ص 340.

[1] - **من المقرر شرعا أن التركة لا تفتتح إلا بعد موت المورث** (م 127 من ف.أ) ؛ ومن ثم، **يمنع القانون** الجزائري الإتفاق الذي ينصب على تركة مستقبلية بحب أحكام المادة 2/92 من ق.م.

المحكمة العليا، غ.ع، 2011/10/15، ملف رقم 547042، إ.ق.غ.ع، عدد خاص، 2010، ج3، ص 305 ؛ تعليق د. **لحلو غنيمة**، المرجع نفسه، ص 309 وما بعدها.

[2] - **الجريدة الرسمية**، العدد 14، لسنة 2016، الصادرة بتاريخ 2016/03/07.

[3] - ": وطالما أن قضاة الموضوع اعتبروا أن التركة لا يمكن إثباتها إلا بموجب عقد رسمي، فإنهم بذلك قد أشابوا قضائهم بانعدام الأساس القانوني ؛ ومنه فإن الوجه المثار مؤسس، مما يتعين معه نقض القرار المطعون فيه." راجع **المحكمة العليا**، غ.ع، 2014/06/12، ملف رقم 853794، م.م.ع، 2014، العدد 2، ص 315.

بالديون، فلا يجوز للورثة التصرف في أموال التركة قانونا، إلا بعد سداد الديون الثابتة في ذمة المورث المتوفى (م 80 من ق.أ و774 و404 إلى 408 من ق.م).

ومن ثم، **تنتقل الحقوق الميراثية إلى الورثة من يوم الوفاة**، وليس من تاريخ شهر الشهادة الموثقة، **الناقلة لملكية الأملاك العقارية الموروثة إلى الورثة بعد الوفاة**[1]؛ سواء تم التأشير على بطاقة العقار الموروث باسم جميع المالكين على الشيوع، أو بالحصة المفرزة لكل واحد منهم؛ طبقا للمواد 127 من ق.أ، و15 من الأمر رقم 74/75 المتضمن إعداد السجل العقاري ومسح الأراضي، و39 و91 و99 من المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

فإنه يستحق الإرث بموت المورث حقيقة، أو باعتباره ميتا بحكم قضائي؛ ويحل الورثة المتوفرون على صفة التقاضي (La qualité d'héritier) محل مورثهم بقوة القانون (م 127 من ق.أ و91 من المرسوم رقم 63/76).[2] فإن المواد 774 و827 و829 من ق.م تبين أن الملكية العقارية لا تثبت حصريا بعقد رسمي فقط، وإنما تثبت أيضا بانتقالها إلى الورثة بعد الوفاة، وكذلك بالحيازة الطويلة بالتقادم المكسب.[3]

ولا **تشكل الشهادة التوثيقية** (l'attestation notariée établie après décés) المنصوص عليها في المادة **91 من المرسوم رقم 63/76** المتضمن تأسيس السجل العقاري، **قيدا على ممارسة دعوى قسمة أموال التركة أمام القضاء**؛[4] كما أنه لا تشترط الشهادة التوثيقية بين الشركاء في الشيوع، مهما كانت طبيعة الدعوى المرفوعة بينهم؛ **فلا تعتبر الشهادة التوثيقية شرطا لرفع الدعوى، وإثبات الصفة، ما دامت التركة تنتقل من المورث إلى الورثة بمجرد الوفاة.**[5]

---

[1] - المحكمة العليا، غ.ع، 2011/06/09، ملف رقم 713016، م.م.ع، 2011، العدد2، ص 179.

[2] - المحكمة العليا، غ.ع، 2006/05/17، ملف رقم 348247، م.م.ع، 2006، العدد2، ص 395.

[3] - المحكمة العليا، غ.ع، 2014/03/13، ملف رقم 835419، م.م.ع، 2014، عدد 1، ص 360.

[4] - من المقرر قانونا، **أنه تنتقل الحقوق الميراثية إلى الورثة بمجرد الوفاة (م 774 من ق.م)، ولا تشكل الشهادة التوثيقية قيدا على ممارسة الدعوى أمام القضاء (م 91 من المرسوم رقم 63/76).** المحكمة العليا، غ.ع، 2011/01/17، ملف رقم 391380، إ.ق.غ.ع، عدد خاص، 2010، ج3، ص 191؛ 2007/03/14، ملف رقم 394379، تعليق د. لحلو غنيمة، إثبات صفة الوارث، دور الشهادة التوثيقية المحررة بعد الوفاة، المرجع نفسه، ص 204 وما بعدها.

Voir Lahlou-Khiar Ghenima, Preuve de la qualité d'héritier, Rôle de l'attestation notariée établie après décés, Rev. Cour suprême, 2010, N° Spécial, t.3, P 219.

[5] - المحكمة العليا، غ.ع، 2008/12/17، ملف رقم 477874، م.م.ع، 2008، العدد2، ص 265.

غير أنه تشترط الشهادة التوثيقية في مواجهة الغير الأجنبي عن الميراث، باعتبارها الأداة الثبوتية الموثقة، التي بمقتضاها يتم شهر الحقوق الميراثية الواردة على العقارات الموروثة، بأن يؤشر على بطاقة هذه العقارات التي تمت إنتقال ملكيتها إلى الورثة، سواء على الشيوع أو بالحصة المفرزة.[1]

فقد نصت المادة 91 من المرسوم رقم 63/76 المذكور، على أن: إنتقال أو إنشاء أو إنقضاء الحقوق العينية، بمناسبة أو بفعل الوفاة، ضمن الآجال المحددة في المادة 99، يجب أن تثبت في شهادة موثقة يتم إشهارها وفقا لما لأحكام القانون.

إن الشهادة التوثيقية وإن كانت عقدا تصريحيا، تتم أمام الموثق، فإنها متى استوفت إجراءات الشهر تعتبر عقدا رسميا ناقلا لملكية الأملاك العقارية إلى الورثة الشرعيين؛ سواء على الشيوع أو بالحصة المفرزة لكل واحد منهم عندما يكون ذلك مبين في الشهادة (م 39 من المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، المعدل والمتمم بالمرسوم رقم 210/80 وبالمرسوم التنفيذي رقم 123/93).[2]

ومن ثم، يستوجب على الموثقين أن يحرروا هذه الشهادة الموثقة ليس فقط عندما يطلب منهم ذلك الورثة، ولكن أيضا عندما يطلب منهم إعداد كلا أو جزء من التركة؛ وفي هذه الحالة ينبغي على المعنيين أن يقدموا إلى الموثق كل المعلومات والإثباتات المفيدة.[3]

---

[1] - انظر تعليق د. **لحلو غنيمة**، إثبات صفة الوارث، دور الشهادة التوثيقية المحررة بعد الوفاة، على قرار **المحكمة العليا**، غ.ع، 2011/01/17، ملف رقم 391380، إق.غ.ع، عدد خاص، 2010، ج3، ص 191؛ 2007/03/14، ملف رقم 394379، المرجع نفسه، ص 204 وما بعدها؛ وفي هذا راجع: د. **بلحاج العربي**، أحكام التركات والمواريث وفق قانون الأسرة الجزائري الجديد، دار هومه، ط2، 2015، ص 116 وما بعدها.

[2] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2008/09/10، ملف رقم 4603305، إق.غ.ع، عدد خاص، 2010، ج3، ص 195؛ 2004/09/22، ملف رقم 267615، م.م.ع، 2007، العدد 1، ص 407. وراجع هنا: أ. **محمد الحبيب الطيب**، الشهادة التوثيقية، الإجتهاد القضائي للغرفة العقارية للمحكمة العليا، م.م.ع، عدد خاص، ج3، 2010، ص 35؛ د. **ويس فتحي**، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، ، المرجع السابق، ص 410 وما بعدها؛ **جمال بوشنافة**، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة البليدة، دار الخلدونية، 2006، ص 228 وما بعدها.

[3] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2004/09/22، ملف رقم 267615، المشار إليه.

- المادة 91 من المرسوم رقم 63/76 المتضمن تأسيس السجل العقاري.

فالميراث سبب من أسباب كسب الملكية، بما فيها ملكية العقارات والمنقولات، والحقوق العينية الأخرى، وجميع أموال التركة من المتوفى إلى الورثة الشرعيين وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية (م 774 من ق.م و126 وما يليها من ق.أ) ؛ بعد تعيين الورثة الشرعيين، وتحديد أنصبتهم في الإرث، وإقامة القسمة الشرعية وفقا لأحكام التركات والمواريث.[1]

ويعد وفاة المورث هو الوقت الشرعي القانوني لانتقال ملكية التركة إلى الورثة الشرعيين بالإرث، غير أن الأنصبة الخاصة بكل وارث شرعي لا تحدد إلا بعد إقامة القسمة الشرعية، بعد تصفية التركة من الحقوق المتعلقة بها.[2]

وعلى هذا حكمت المحكمة العليا في إجتهاداتها القضائية المشهورة التي استقرت عليها، بأن : **قسمة التركة أثناء حياة المورث لا أساس لها في الشريعة الإسلامية ولا في القانون المدني الجزائري** ؛ لأن نصيب كل وارث شرعي لا يتحدد إلا بعد وفاة المورث وتصفية التركة من الحقوق المتعلقة بها (م 127 و180 من ق.أ). ومن ثم، فإن المورث عندما منح أحد أبنائه جملة من العقارات مفضلة بعقد توثيقي أثناء حياته، مما يغلب عليه طابع المحاباة وتفضيل أحد الأبناء على الآخرين ؛ فإن إعتماد قضاة الموضوع في قضية

---

[1]- راجع د. بلحاج العربي، أحكام التركات والمواريث وفق قانون الأسرة الجزائري الجديد، دار هومه، ط2، 2015، ص 61 وما بعدها.

[2]- " **من المقرر قانونا أنه تنتقل الحقوق الميراثية إلى الورثة بمجرد الوفاة، ولا تعتبر الشهادة التوثيقية شرطا لرفع الدعوى وإثبات الصفة، مادامت التركة تنتقل من المورث إلى الورثة الشرعيين بمجرد وفاة المورث.**"

أنظر **المحكمة العليا**، غ.ع، 2011/06/09، ملف رقم 713016، م.م.ع، 2011، العدد2، ص 179 ؛ 2008/12/17، ملف رقم 477874، م.م.ع، 2008، العدد2، ص265 ؛ 2007/03/14، ملف رقم 394379، إق.غ.ع، عدد خاص، ج3، 2010، العدد2، ص 199 ؛ 2007/01/17، ملف رقم 391380، المرجع نفسه، ص 191 ؛ غ.ع، 2004/04/21، ملف رقم 259635، إق.غ.ع، عدد خاص، 2010، ج3، ص257؛

" **من المقرر قانونا أنه تنتقل الملكية عن طريق الوفاة إلى الورثة، من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية المتروكة. ومن ثم، فإن قسمة وتصفية أموال المورث حال حياته، ولو باتفاق الورثة قبل وفاته الشرعية، هي إتفاقية باطلة شرعا وقانونا.**"

راجع **المحكمة العليا**، غ.ع، 2011/06/09، ملف رقم 713016، م.م.ع، المشار إليه ؛ 1997/01/07، ملف رقم 146425، إق.غ.ت.ب، عدد خاص، 1999، ص 102.

الحال على العقد التوثيقي، وعلى القسمة المزعومة التي أقامها المورث أثناء حياته، عرضوا قرارهم للنقض والبطلان.[1]

وجدير بالذكر هنا، أنه لا تكتسب الحقوق الميراثية بالتقادم المكسب في القانون المدني الجزائري، إلا إذا دامت الحيازة القانونية ثلاث وثلاثين سنة، وفقا لأحكام المواد 774 و827 و829 من ق.م.[2] ومن ثم، فإن إثبات الملكية الخاصة الميراثية غير محصور في العقد الرسمي فقط، بل يجوز إثباتها بالتقادم المكسب الذي هو طريق من طرق إكتساب الملكية عند توفر شروط الحيازة الطويلة القانونية.[3]

ثانيا : لا تركة إلا بعد سداد الديون

القاعدة العامة في القانون الجزائري أن التركة مرتبطة بسداد الديون، **فلا تركة إلا بعد حصرها وتصفيتها من الحقوق المتعلقة بها** ؛ لأنه لا تركة إلا بعد سداد الديون الثابتة في ذمة المتوفى، وتنفيذ الوصايا الصحيحة النافذة في حدود ثلث الباقي، بعد مصاريف تجهيز الميت بالقدر المشروع (م 180 من ق.أ)، لقوله تعالى :" **من بعد وصية يوصي بها أو دين**"[4]؛ **وإقامة القسمة الشرعية بحسب ترتيبها في القانون**، بإفراز ملكية الحصص لكل وارث شرعي على حدة، وفقا لأحكام التركات والمواريث (المواد من 126 إلى 183 من ق.أ).[5]

---

[1] - **المحكمة العليا**، غ.أ.ش، 1997/03/17، ملف رقم 179555، م.ق، عدد خاص، 2001، ص 340 ؛ 1995/10/24، ملف رقم 125622، م.ق، 1996، العدد 1، ص 117 ؛ 1993/09/28، ملف رقم 93703، م.ق، عدد خاص، 2001، ص 332.
وراجع د. **بلحاج العربي**، أحكام التركات والمواريث وفق قانون الأسرة الجزائري الجديد، ط2، 2015، المرجع المذكور، ص 135 وما بعدها.

[2] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2014/03/13، ملف رقم 835419، م.م.ع، 2014، العدد1، ص 360 ؛ 2000/09/27، ملف رقم 202755، إ.ق.غ.ع، 2004، عدد خاص، ج2، ص 239 ؛ غ.م، 1990/09/24، ملف رقم 62624، م.ق، 1992، عدد2، ص 24 ؛ 1987/05/06، ملف رقم 40944، م.ق، 1991، عدد3، ص15.

[3] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2014/03/13، ملف رقم 835419، المشار اليه ؛ 2003/04/23، ملف رقم 196366، م.ق، 2003، عدد 2، ص239 ؛ 2000/02/22، ملف رقم 232678، م.ق، 2001، العدد1، ص 264 ؛ راجع لاحقا موضوع الحيازة كسبب من أسباب كسب الملكية.

[4] - سورة النساء، الآية 11.

[5] - **المحكمة العليا**، غ.أ.ش، 1993/11/22، ملف رقم 102567، م.ق، 1994، ص 22.

فإذا لم يعين المورث وصيا لتصفية التركة بالطرق الودية، جاز للقاضي أن يعين خبير لتصفية التركة وجرد أموالها من العقارات والمنقولات، وتعيين موثق لإعداد الفريضة الشرعية، تمهيدا لتحديد نصيب كل وارث شرعي، وإجراء القسمة الشرعية.

فإنه بالوفاة تصبح جميع ديون الميت الحالية والمؤجلة، مستحقة الأداء من أموال التركة،[1] والدين مقدم على الوصية، لأنه لا تركة إلا بعد سداد الدين[2]؛ فالتركة من عقارات ومنقولات، تنتقل إلى الورثة بمجرد وفاة المورث مع تعلق الديون بها، فينحصر ضمان الدائنين في أموال التركة فقط؛ وهذا معناه أن تركة المدين تنشغل بمجرد الوفاة بحق عيني لدائني المتوفي يخول لهم تتبعها واستيفاء حقوقهم منها.[3] ومن ثم، **تبقى التركة على ذمة المتوفى حتى سداد الديون**، ولا يعفى الخلف العام قانونا من التعويض عن الإستغلال غير الشرعي.[4]

إن تصفية التركة من الحقوق المتعلقة بها (م 180 من ق.أ)، وخاصة ما يتعلق منها بجردها وتسديد الديون الثابتة في ذمة المتوفى، تعد وسيلة ناجعة في ضمان حقوق دائني المورث، سواء منهم الذين حصلوا على تأمينات عينية أو الدائنين العاديين؛ وحمايتهم من أي تصرف ضار بهم يصدر من الورثة في أموال التركة.[5]

فإذا توفي المورث تسدد ديونه من أموال التركة بعد جردها، وما زاد بعد ذلك ينتقل إلى الورثة ملكا شائعا، لحين إقامة القسمة الشرعية بين

1- لا تقسم أموال التركة بين الورثة الشرعيين حتى تسدد ديون المتوفي (المادة 2/180 من قانون الأسرة الجزائري). أنظر **المحكمة العليا**، غ.أ.ش، 1993/12/22، ملف رقم 102567، م.ق، 1994، العدد 3، 22. كما أن الديون الحالية أو المؤجلة، تصبح مستحقة الأداء بمجرد وفاة المدين، إذ لا تركة إلا بعد سداد الديون؛ راجع **المحكمة العليا**، غ.م، 1999/02/03، ملف رقم 174416، م.ق، 1999، العدد 1، ص97.

2- فقد روى الترمذي عن الحارث، عن علي رضي الله عنه، أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالدين قبل الوصية، وليس لوارث الوصية. **رواه أحمد والترمذي وابن ماجه والدار قطني** عن عاصم بن صخرة عن علي كرم الله وجهه.

3- **د. بلحاج العربي**، أحكام التركات والمواريث وفق قانون الأسرة الجزائري الجديد، دار هومه، الجزائر، ط2، 2015، ص 93 وما بعدها.

4- **المحكمة العليا**، غ.ع، 2005/11/16، ملف رقم 322445؛ غير منشور.

5- **د. بلحاج العربي**، المرجع نفسه، ص 86 وما يليها.

الورثة الشرعيين. فإذا كانت التركة مستغرقة بالديون، أي معسرة لا تكفي لسداد ديونها، فإنها تبقى في حكم ملك المتوفى حتى تسديد الديون الثابتة في ذمته، ولا يبقى منها شيء للورثة ؛ وجاز للدائنين طلب التنفيذ والحجز على أموال التركة، وبيع ما يسارع إلى التلف، ثم بيع سائر المنقولات، ثم العقارات في حالة عدم كفاية المنقولات التي تركها المورث (م 404 إلى 407 من ق.م).[1]

وأما **إذا لم تكن التركة مستغرقة، فيبقى منها ما يكون كافيا لسداد ديون المورث، وينتقل المال الباقي خالصا إلى الورثة** الشرعيين بحسب ترتيبهم في القانون من لحظة الوفاة (م 127 من ق.أ).[2]

وعلى هذا، **يستوجب على دائني المورث المسارعة بالتنفيذ والحجز على أموال التركة من المنقولات والعقارات التي تركها لتحصيل حقوقهم منها**، لأن أموال التركة تنتقل إلى الورثة بمجرد الوفاة ؛ والوارث باعتباره مالكا يستطيع أن يتصرف مباشرة بالمنقول، كما أنه يستطيع أن يتصرف بالعقار حتى قبل شهر إنتقاله، ويكون تصرفه صحيحا من الناحية القانونية.

ومن ثم، فإن الدائن الذي يبادر بسرعة إلى التنفيذ والحجز على أموال التركة الموجودة بيد الوارث يحصل على حقه كاملا ؛ أما من يتأخر فقد يفقد حقه كلا أو بعضا، إذا لم يجد بيد الوارث ما يكفي للوفاء بدينه.[3]

ومن المعلوم في القانون الجزائري، أن **الخلف العام يحل محل سلفه، مع مراعاة القواعد المتعلقة بالتركات والمواريث** في الشريعة الإسلامية ؛[4] ذلك أن الخلف العام (وهم الورثة الشرعيين)، **لا يخلف سلفه إلا في الحقوق**

---

1 - **المحكمة العليا**، غ.أ.ش، 1997/12/10، ملف رقم 149600، م.ق، 1997، العدد2، ص 64.

2 - المادة 15 من الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري ؛ **المحكمة العليا**، غ.أ.ش، 1993/12/22، ملف رقم 102567، المشار إليه ؛ **د. بلحاج العربي**، المرجع نفسه، ص 86 و113 وما بعدها.

3 - **د. بلحاج العربي**، أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، دار هومه، الجزائر، ط2، 2015، ص 38 و39.

4 - إن الديون الثابتة في ذمة المدين المتوفى، متعلقة بالتركة وحدها، ولا تنتقل إلى الأشخاص الورثة. انظر **المحكمة العليا**، غ.أ.ش، 2005/06/22، ملف رقم 295913، م.م.ع، 2005، العدد1، ص69 ؛ غ.م، 1999/02/03، ملف رقم 174416، م.ق، 1999، العدد1، ص97.

دون الإلتزامات (م 108 من ق.م)، لأنه لا تركة إلا بعد سداد الديون (م 180 من ق.أ) ؛[1] فلا يكون مسؤولا عن الديون المتعلقة بأموال التركة.[2] فلا يجوز للدائنين في أموال التركة التنفيذ على أموال الوارث الخاصة، حتى ولو كانت التركة مستغرقة بالديون، أي لا تكفي للوفاء بديونهم.[3]

وتخضع منازعات تصفية التركة وتوزيعها أموالها من العقارات والمنقولات، وفقا لأحكام المادة 183 من ق.أ، و499 من ق.إ.م.إ الجديد، من حيث جرد أموالها، وبيان جدول الديون الثابتة في ذمة المتوفى، والوصايا الصحيحة النافذة العالقة بها، وتحديد الأنصبة، وإعداد الفريضة الشرعية، وتعيين حارس قضائي على التركة، ووضع الأختام عليها، من الناحية الإجرائية لقواعد القضاء المستعجل، وتقلص مواعيد الطعن بشأنها، لسرعة الفصل في موضوعها ؛[4] والمحكمة المختصة إقليميا بالفصل في مواد الميراث، هي التي يقع في دائرة إختصاصها موطن المورث المتوفى (م 2/40 من ق.إ.م.إ)، غير أن الفصل في المنازعات المتعلقة بالعقارات يكون أمام المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها العقار (م 1/40 من ق.إ.م.إ).

ثالثا : ضرورة تسجيل الأنصبة العقارية

يستوجب في التشريع الجزائري حصر التركة وتصفيتها، بما لها من حقوق وما عليها من ديون، في أقرب الآجال الممكنة ؛ وضرورة سداد ديون التركة، والمحافظة على أموال التركة وإدارتها لحين القسمة. وللمحكمة المختصة الفصل في المنازعات المتعلقة بجرد التركة، والتأكد من إدخال جميع الورثة في الفريضة الشرعية وتحديد أنصبتهم ؛ وبعد إخراج التزامات التركة، يؤول ما بقى من أموالها إلى الورثة الشرعيين كل بحسب نصيبه الشرعي. فإن التركة المستغرقة بالديون كما ذكرنا يستوجب سداد

---

[1]- د. بلحاج العربي، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، دار هومه، الجزائر، ط2، 2016، ج2، ص680 وما بعدها.

[2]- المحكمة العليا، غ.م، 1999/02/03، ملف رقم 174416، المشار إليه.

[3]- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1997/12/10، ملف رقم 149600، مذكور سابقا.

[4]- المحكمة العليا، غ.ع، 2009/11/12، ملف رقم 554791، إ.ق.غ.ع، 2010، عدد خاص، 2010، ج3، ص 321.

الديون التي عليها من أموال التركة، ولو ببيع أموالها من المنقولات والعقارات لسدادها ؛ فلا يكون الورثة مسؤولون عن ديون التركة المدينة شخصيا كما أشرنا.[1]

ولا تصبح قسمة التركة بين الورثة بطريقة رضائية (أي ودية) إلا إذا وافق جميع الورثة الشرعيين على القسمة ؛ وفي حالة عدم موافقتهم تكون القسمة أمام القضاء، وخاصة عند وجود قصر من بين الورثة، أو ورثة تم إغفال حقوقهم ؛ وبعد إجراء القسمة النهائية، يجب تسجيل الأنصبة العقارية في مصلحة التسجيل العيني بعد مآلها لدى المحافظة العقارية المختصة.[2]

فإن التصرفات المتعلقة بالقسمة العقارية والوصية العقارية والوقف والميراث والرهن الرسمي، لا يسري أثرها القانوني على الغير، إلا من تاريخ تسجيل هذه التصرفات وقيدها في السجل العقاري، واتباع إجراءات الشهر العقاري.

في حين إذا تضمنت التركة أموالا منقولة، فإنها تنتقل إلى الورثة الشرعيين بمجرد الوفاة، ودون حاجة إلى تسجيل كأصل عام ؛ ما لم تكن من المنقولات الخاضعة للتسجيل. فإذا تصرف الوارث في المنقول بمجرد الوفاة، فهو تصرف بما يملك، وطلب دائني المورث التنفيذ والحجز على المنقول، جاز للمتصرف إليه حسن النية أن يتمسك بقاعدة حيازة المنقول سند الحائز (م 835 من ق.م)[3].

فقد نصت المادة 15 من الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري،[4] على أن : "كل حق ملكية، وكل حق عيني آخر متعلق بعقار، لا وجود له بالنسبة

1- المحكمة العليا، غ.م، 1999/02/03، ملف رقم 174416، م.ق، 1999، العدد 1، ص97.

2- المادة 127 من ق.أ ؛ و324 مكررا و793 من ق.م ؛ و15 و16 من الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد المسح العام وتأسيس السجل العيني ؛ و91 من المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 ؛ و91 من المرسوم رقم 63/76 المتعلق بشهر الحقوق الميراثية.

3- تمييز مدني اردني، 1995/10/12، ملف رقم 95/482، م.ن.م، 1997، ص 2926 ؛ 1994/02/14، رقم 93/1173، نفس المرجع، 1994، ص 232. ؛ 1991/01/27، رقم 90/1243، 1992، ص 965 ؛ 1987/11/30، رقم 87/883، 1990، ص 955.

4- الجريدة الرسمية، العدد 92، المؤرخة في 1975/11/18.

للغير إلا من تاريخ شهره في مجموعة البطاقات العقارية ؛ غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة صاحب الحق العيني".

كما نصت المادة 91 من المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتضمن تأسيس السجل العقاري،[1] على أن : " **كل انتقال أو إنشاء أو انقضاء لحقوق عينية عقارية بمناسبة أو بفعل الوفاة يجب أن يثبت بموجب شهادة توثيقية** (Attestation notariée) **أو شهادة إنتقال الملكية** (Attestation de transfert de propriété) **في الآجال المحددة في المادة 99**".

وجدير بالتنويه ههنا، أن **العقارات والمنقولات المتروكة التي لا وارث لها شرعا**، وهي التركات الشاغرة التي تتحقق بوفاة المورث، بدون أن يترك وارث يتملك هذه الأموال المتروكة، وكذا التركات التي لا يعرف مالكها ؛ فإنه بعد إستيفاء الإجراءات النظامية من قبل الجهات الإدارية المختصة، وصدور حكم من جهات القضاء العادي يصرح بانعدام الوارث، وإعلان شغور أموال التركة، يتم وضعها تحت الحراسة القضائية ؛ وبعد إنقضاء الآجال المقررة نظاما يتم إدماجها في ملكية الدولة الخاصة وتسليمها لإدارة أملاك الدولة بالمحافظة لتسييرها (م 773 من ق.م و4/180 من ق.أ).[2]

والدولة (الخزينة العامة) **لا تتملك أموال التركات الشاغرة عن طريق الحيازة ووضع اليد، ولا بصفتها وارث شرعي ؛ بل عن طريق سند رسمي وهو الحكم القضائي النهائي** الصادر من جهات القضاء العادي المختصة محليا ونوعيا، والمتضمن التصريح بانعدام الوارث المالك، واثبات حالة شغور التركة ؛ ومن ثم تطبيق الحراسة القضائية على هذه الأموال الشاغرة خلال الآجال المقررة لحين تسليمها لإدارة أملاك الدولة الخاصة وفقا للإجراءات القانونية المحددة.[3]

---

[1] - الجريدة الرسمية، العدد 30، المؤرخة في 1976/04/13.

[2] - ليلى زروقي وحمدي باشا عمر، القضاء العقاري، ص 268 و269 ؛ أ. عمر يحياوي، الوجيز في الأموال الخاصة التابعة للدولة، ص62 ؛ وراجع سابقا الإستيلاء كسبب من أسباب كسب الملكية.

[3] - مجلس الدولة، 2002/05/27، ملف رقم 0004/396، م.م.د، 2002، العدد2، ص114 ؛ 1999/05/31، ملف رقم 167/619.

ب- الخلافة بالوصية (Testament)

الوصية هي أيضا ملكية إستخلافية، أي بالخلفية، تتم عن طريق خلافة عن الميت الموصي، **وهي سبب من أسباب كسب الملكية بعد وفاة** الموصي مصرا على وصيته ؛ وتسري عليها الأحكام الموضوعية الواردة في قانون الأسرة، وكذا النصوص التشريعية الصادرة تطبيقا لها، من حيث أركانها وشروط نفاذها وإثباتها وكيفية الرجوع عنها، وكذا كيفية إنتقال المال الموصى به إلى الموصى له وغير ذلك (م 775 إلى 777 من ق.م، المواد من 184 إلى 201 من ق.أ).

وتختلف الوصية عن الميراث في كونها خلافة إختيارية، لأنها تكون بإرادة الموصي، بشرط أن يكون متمتعا بأهلية التبرع (م 186 من ق.أ)، وأن يتوفى وهو مصر على وصيته، بأن لا يتراجع عنها صراحة أو ضمنا (م 192 من ق.أ).

وعلى ذلك، قضت المحكمة العليا في إجتهاداتها القضائية المشهورة بأن : "**الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع، لا تنفذ في حياة المورث ؛ ومن ثم فإن تنفيذ الوصية حال حياة الموصي، يعد خرقا واضحا وصريحا لمبادئ الشريعة الإسلامية، ولأحكام قانون الأسرة.**"[1] كما حكم مجلس الدولة بأن : "النظر في مشروعية الوصية، يدخل ضمن إختصاصات الجهات القضائية العادية، وليس من إختصاص القاضي الإداري."[2]

فهي تعد دينا في ذمة التركة، أي أنها مقدمة على التركة، يجب الإسراع بإخراجها وفقا لإرادة الموصي ؛ **وهي تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع**، في حدود ثلث التركة ؛ **فلا يترتب أثرها القانوني إلا بعد وفاة** الموصي، وفقا للمواد 180 و184 و191 من ق.أ و774 إلى 777 من ق.م.[3]

---

[1] - **الوصية عقد تملك بشرط واقف إلى بعد الموت، وهي مقدمة على التركة، ومن ثم فإن تنفيذها في حياة الموصي هو خرق صريح للقانون (م 777 من ق.م و184 من ق.ا).**
راجع المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2010/07/15، ملف رقم 572205، م.م.ع، 2010، العدد2، ص 272 ؛ 1997/07/26، ملف رقم 166090، م.ق، عدد خاص، 2001، ص 298 ؛ 1995/05/02، ملف رقم 1163755، م.ق، 1996، العدد1، ص 108 ؛ 1991/05/28، ملف رقم 74249، م.ق، 1992، العدد2، ص 28.

[2] - مجلس الدولة، غ4، 2001/12/24، ملف رقم 3358، م.م.د، 2003، العدد3، ص 158.

[3] - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1995/05/02، ملف رقم 116375، م.ق، 1996، العدد1، ص 108.

وقد عرفت المادة 184 من ق.أ الوصية بأنها : "**تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع**". ويلاحظ على هذا التعريف أنه جاء خاليا من تبيان أن الوصية تصرف قانوني إنفرادي، يتم بإرادة الموصي وحده، كما أنه لم يحدد الحقوق التي تقع عليها الوصية، سواء أكانت عينا أو منفعة أو دينا ؛ وكان الأفضل للمشرع الجزائري ضمن تعديلات عام 2005 تجنب صياغة التعريفات بقدر الإمكان، فيما لا ضرورة لتعريفه، تمشيا مع القوانين المعاصرة، لأن التعريفات هي من صلب أعمال الفقه.[1]

أولا : وقت إنتقال ملكية الموصى به

لا تنفذ الوصية قانونا، **إلا بعد وفاة الموصي مصرا على وصيته، باعتبارها تمليكا مضافا إلى ما بعد الموت** ؛ أي أنها **تمليك بشرط واقف إلى بعد وفاة الموصي** (م 184 من ق.أ) ؛[2] بأن لا يتراجع الموصي عن وصيته، ولا يردها الموصى له بعد وفاة الموصي (م 192 و201 من ق.أ) ؛[3] وهي بخلاف ملكية الميراث، **تصح الوصية مع اختلاف الدين**، وفقا لأحكام المادة 200 من ق.أ.[4]

وعلى ذلك، **فإن وقت إنتقال ملكية الموصى به للموصى له، هو يوم وفاة الموصي** ؛ غير أنه لا تستحق الوصية بعد موت الموصي إلا بعد سداد الديون الثابتة في ذمة الموصي، **لأن الديون مقدمة على الوصية ؛ فإذا استغرقت الديون التركة كلها**، فليس للموصى له شيء (م 180 و184 من ق.أ).[5]

أنظر د. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، د.م.ج، ج2، الميراث والوصية، ط5، 2007، ص 274 وما يليها ؛ ولنفس الكاتب: الوجيز في التركات والمواريث وفق قانون الأسرة الجزائري الجديد، المرجع المذكور، ص 100 وما بعدها.

[1] - د. بلحاج العربي، شروط إنعقاد الوصية في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية، جامعة الجزائر1، 1990، العدد2، ص 392 وما بعدها.

[2] - المحكمة العليا، غ.م، 1991/05/28، ملف رقم 74249، م.ق، 1993، العدد2، ص 28 ؛ غ.أ.ش، 1992/11/24، ملف رقم 86039، م.ق، عدد خاص، 2001، ص 292 ؛ 1995/05/02، ملف رقم 116375، المشار إليه.

[3] - أنظر حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، دار هومه، الجزائر، 2004، ص 68 وما بعدها ؛ مايا دقايشية، أحكام الرجوع في عقود التبرعات، دار هومه، الجزائر، 2015، ص 99 وما بعدها ؛ شيخ نسيمة، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2012، ص 227 وما بعدها.

[4] - من المقرر قانونا، أنه تصح الوصية مع إختلاف الدين، طبقا للمادة 200 من ق.أ" المحكمة العليا، غ.ش.أ.م، 2013/05/09، ملف رقم 725847، م.م.ع، 2014، العدد2، ص 247.

[5] - د. زهدور محمد، الوصية في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، م.و.ك، الجزائر، 1991، ص 64 و72 وما يليها ؛ أ. حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، مذكور سابقا، ص 69 وما بعدها ؛ د. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، د.م.ج، ج2، ط5، 2007، ص 269 وما يليها.

فإن إنتقال الحقوق العينية عن طريق الوفاة، بالميراث أو الوصية، يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب هذه الحقوق العينية (م 15 من الأمر رقم 75/74 المتضمن المسح العام للأراضي وتأسيس السجل العقاري، و39 و91 من المرسوم رقم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري). غير أنه إذا تعلقت هذه الحقوق العينية بعقار، وجب إتباع إجراءات الشهر العقاري بشهادة يحررها الموثق، بطلب ممن له مصلحة تسمى الشهادة التوثيقية لإثبات إنتقال الملكية.[1]

فإذا كان الموصى به منقولا، إستحقه الموصى له من وقت الموت (م 184 من ق.أ و777 من ق.م)، إلا إذا نصت الوصية على تاريخ مخالف؛ لأن إنتقال الملكية بالوصية بطريق التبرع ليس من النظام العام إلا إذا وجد نص مخالف، كما هو الحال في العقارات، ومن ثم يجوز للموصي في عقد الوصية تأجيل إنتقال ملكية المنقول الموصى به إلى وقت لاحق.

وأما إذا كان الموصى به عقارا، فإن إنتقال ملكية العقار الموصى به يحتاج إلى التسجيل العيني للعقار للإحتجاج بها في مواجهة الورثة، وتنتقل به ملكية الموصى به إلى الموصى له، ويستند إنتقالها إلى يوم وفاة الموصي لا إلى وقت التسجيل؛[2] وضرورة شهر الوصية العقارية بعد وفاة الموصي، حتى ترتب آثارها القانونية تجاه الغير؛ باعتبارها تصرفا من شأنه نقل ملكية العقار من الموصى إلى الموصى له.[3]

ويمكن للموصى له أن يقيد سند الوصية على صحيفة العقار قبل وفاة الموصي، وبهذا الإجراء التحفظي تنتقل ملكية العقار الموصى به إلى الموصى له من يوم الوفاة.[4]

---

[1] - د. ويس فتحي، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، ، المرجع السابق، ص 412 ؛ أ. محمد الحبيب الطيب، الشهادة التوثيقية، الإجتهاد القضائي للغرفة العقارية للمحكمة العليا، م.م.ع، عدد خاص، ج3، 2010، ص 35.

[2] - المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، المادة 1130.

[3] - راجع أ. عمر حمدي باشا، نقل الملكية العقارية، مذكور سابقا، ص 109 وما بعدها ؛ عقود التبرعات، المرجع المذكور، ص 80 وما بعدها ؛ د. ويس فتحي، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، ، المرجع السابق، ص 410 وما بعدها ؛ أ. محمد الحبيب الطيب، الشهادة التوثيقية، الإجتهاد القضائي للغرفة العقارية للمحكمة العليا، م.م.ع، عدد خاص، ج3، 2010، ص 35 ؛ جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة البليدة، دار الخلدونية، 2006، ص 228 وما بعدها.

[4] - د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج9، ص 236 وما بعدها ؛ د. محمد وحيد الدين سوار، الحقوق العينية الأصلية، ص 751 وما يليها.

ثانيا : حماية الموصى له من تصرف الوارث

فإذا وقع نزاع حول تنفيذ الوصية بعد وفاة الموصي، أو حول إنتقال ملكية المال الموصى به للموصى له، بما في ذلك ملكية ثمار العين الموصى بها التي تسري هي الأخرى من تاريخ كسب الملكية، أي من يوم وفاة الموصي؛ فلا بد للموصى له عندئذ من الإسراع في الحصول على حكم قضائي بصحتها القانونية، لترتيب أثرها وقيدها في السجل العقاري وشهرها إذا تعلقت بعقار.

ويحمي القانون الجزائري الموصى له من تصرفات الورثة إذا كانت تضر بحقه المقرر بمقتضى الوصية (م 777 من ق.م)، سواء تعلقت هذه التصرفات الضارة بالعقار أو المنقول الموصى به ؛ كأن بتصرف أحد الورثة في المال الموصى به قبل تنفيذ الوصية.[1]

فإذا كان الموصى به منقولا مثلا، وتصرف به الوارث للغير، وكان المتصرف إليه سيء النية (أي يعلم أن المال المتصرف به غير مملوك للوارث)، فلا يكتسب هذا الأخير ملكية الموصى به بموجب العقد، لأن التصرف وارد على ملك الغير، كما أنه لا يستطيع الإدعاء بإكتساب المنقول بالحيازة لعدم توافر شرط حسن النية فيها.[2]

ثالثا : شروط صحة الوصية

نصت أحكام قانون الأسرة الجزائري على أن الوصية تنعقد بإرادة الموصي واختياره، **بأن يكون أهلا للتبرع**، سليم العقل بالغا سن الرشد القانوني، غير محجور عليه (م 186 من ق.أ) ؛ **وأن يكون الموصى به قابلا للتملك**، أي موجودا عند الوصية، من الأموال التي يملكها الموصي، التي تدخل في ملكه قبل وفاته عينا أو منفعة أو دينا ؛ **وأن لا يكون الموصى به مستغرقا بالدين** (م 180 و190 من ق.أ و777 من ق.م).[3]

---

[1] - د. **زهدور محمد**، الوصية في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 146 وما يليها ؛ **أ. حمدي باشا عمر**، عقود التبرعات، مذكور سابقا، ص 77 وما بعدها.

[2] - **المحكمة العليا**، غ.م، 1990/03/05، ملف رقم 59240، م.ق، 1992، العدد3، ص 57.

[3] - ومن ثم، فإن **الهبة في مرض الموت تعتبر وصية**، يستفيد منها الموهوب له في حدود ما تسمح بذلك أحكام الوصية، وفقا للمادة 204 من ق.ا، و776 من ق.م.

وتكون الوصية في حدود ثلث التركة، وفقا لأحكام المادة 185 من ق.أ، أي في ثلث المال المتبقي بعد إخراج مصاريف تجهيز الميت بالقدر الشرعي، وسداد الديون الثابتة في ذمته؛[1] إلا إذا أجاز الورثة الزيادة عن ذلك؛[2] لقوله صلى الله عليه وسلم: "الثلث والثلث كثير، إنك إن تذر ورثتك أغنياء، خير من تدعهم عالة يتكففون الناس".[3]

كما أنه لا وصية لوارث في قانون الأسرة الجزائري إلا إذا أجازها الورثة، بعد وفاة المورث طبقا لأحكام المادة 189 من ق.أ، لأن الوارث له نصيب في التركة يأخذه بالإرث؛[4] لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة"، وفي رواية أخرى: "إلا أن يجيز الورثة".[5]

فإنه تكون الوصية القانونية النافذة في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث يتوقف على إجازة الورثة الشرعيين؛[6] ويقدر الثلث في الوصية في المال الباقي من أموال التركة بعد إخراج ديون الميت الثابتة في ذمته.

المحكمة العليا، غ.م، 1998/03/17، ملف رقم 186058، م.ق، 1999، عدد 1: 1991/05/28، ملف رقم 74249، م.ق، 1993، العدد2؛ 2002/04/24، ملف رقم 229397؛ غ.أ.ش، 1999/03/16، ملف رقم 219901، م.ق، عدد خاص، 2001، ص 287؛ 1998/03/13، ملف رقم 179724، م.ق، 2001، عدد خاص، ص 277.

[1] - "من المقرر قانونا، أنه تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث، يتوقف على إجازة الورثة".
راجع المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2001/03/14، ملف رقم 241885، م.ق، 2002، العدد1، ص 133؛ 1997/07/26، ملف رقم 166090، م.ق، عدد خاص، 2001، ص 298؛ 1991/02/24، ملف رقم 75598، م.ق، 1993، العدد2، ص 62.

[2] - المحكمة العليا، غ.ع، 2011/07/14، ملف رقم 665688، م.م.ع، 2011، العدد2، ص 172.

[3] - رواه الجماعة عن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه، والبخاري عن عائشة بنت سعد، صحيح البخاري، ج7، ص153.

[4] - "من المقرر قانونا أنه لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة".
راجع المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1990/03/05، ملف رقم 59240، م.ق، 1992، العدد3، ص 57؛ 1997/07/29، ملف رقم 166090، المشار إليه؛ 1998/03/17، ملف رقم 179555، م.ق، عدد خاص، 2001، ص 341؛ 1998/03/13، ملف رقم 179724، المرجع نفسه، ص 277.
"لأن الشريعة الإسلامية لا تسمح بالوصية للوارث، والمطعون ضدها هي زوجة للمورث لها نصيب بالإرث؛ ومن ثم لا حق لها في الوصية بالمسكن الزوجي".
أنظر المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1998/03/13، ملف رقم 179724، م.ق، عدد خاص، 2001، ص 277؛ 1992/11/24، ملف رقم 86039، المشار إليه؛ 1987/04/20، ملف رقم 45371، غير منشور.

[5] - رواه ابن عباس وقال إسناده حسن، والدارقطني عن عمر بن شعيب عن أبيه عن جده، أنظر بلوغ المرام، للصنعاني، تحت رقم 988.

[6] - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1990/01/24، ملف رقم 54727، م.ق، 1991، العدد4، ص 85؛ 1995/05/02، ملف رقم 116375، م.ق، 1996، ص 108؛ 2002/01/16، ملف رقم 278004، المجلة نفسها، 2003، العدد1، ص367.

وعلى ذلك، يشترط لصحة الوصية ونفاذها، كسبب من أسباب كسب الملكية أن يكون الموصي أهلا للتبرع، وأن تكون الوصية في حدود الثلث، وأن لا يكون الموصى له وارثا للموصي عند موته إلا بإجازة من الورثة الشرعيين؛ وأن لا يتراجع الموصي عن الوصية، ولا يردها الموصى له بعد وفاة الموصي (م 192 و197 من ق.أ).[1]

ومن المعلوم كما أشرنا، أن التصرف في مرض الموت، والحالات المرضية المخيفة الذي يفقد المتصرف فيها وعيه وتمييزه، وكذا اشتراط الواهب شرط نقل الملكية إلى ما بعد الموت، يعتبر وصية من الناحية الشرعية والقانونية، يستفيد منه الموهوب له، في حدود ما يسمح بذلك موضوع الوصية؛ فتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف، والعبرة في مثل هذا التصرف تكون بالقصد وليس بظاهر العقد أو شكله (م 408 و1/776 من ق.م، و204 من ق.أ).[2]

وعلى ذلك، نصت المادة 776 من ق.م، بأن: كل تصرف يصدر من شخص في مرض الموت (كالبيع والهبة والإبراء والإقرار...) يكون مقصودا به التبرع، يعتبر مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية. وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا بجميع الطرق أن التصرف قد صدر من مورثهم في مرض الموت، ولا يحتج على الورثة بسند التصرف، إلا إذا كان ثابت التاريخ ثبوتا رسميا. فإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت، اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع؛ ما لم يثبت من صدر له التصرف غير ذلك، أو وجدت أحكام خاصة تخالفه.[3]

---

[1] - **المحكمة العليا**، غ.أ.ش، 1990/01/24، ملف رقم 54727؛ المشار إليه؛ وراجع د. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، د.م.ج، الجزائر، ج2، ط5، 2007، ص 284 وما يليها؛ **أ. حمدي باشا عمر**، عقود التبرعات، المرجع المذكور، ص 74 وما بعدها.
أنظر تفصيل الرجوع في الوصية: **شيخ نسيمة**، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2012؛ **ماية دقايسية**، أحكام الرجوع في عقود التبرعات، دار هومه، الجزائر، 2015.

[2] - **المحكمة العليا**، غ.أ.ش، 1999/03/16، ملف رقم 219901، م.ق، 2001، عدد خاص، ص 287؛ 1998/06/16، ملف رقم 197335، نفس المرجع، ص 281؛ 1998/03/17، ملف رقم 186058، م.ق، 1999، العدد1؛ 1984/07/09، ملف رقم 33719، م.ق، 1989، عدد 3، ص51.

[3] - **راجع إجتهادات المحكمة العليا**، 2002/04/24، ملف رقم 229397، م.م.ع، ص 387؛ 1998/06/16، ملف رقم 197335، م.إ.غ.أ.ش، م.ق، عدد خاص، 2001، ص281؛

وفي نفس السياق، وطبقا لمقتضيات المادة 777 من ق.م، ومنعا لتضارب الأحكام وللوصايا المستترة ؛ إذا تصرف شخص لأحد ورثته، واحتفظ بحيازة العين التي تصرف فيها، وبحقه في الإنتفاع بها مدى حياته (كأن يشترط عدم جواز التصرف في العين الموصى بها مع حق المنفعة، أو عن طريق الإيجار مدى الحياة...)، اعتبر التصرف أيضا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية، ما لم يقم دليل يخالف ذلك، بإثبات العكس لكل ذي مصلحة في تركة المورث.[1]

كما أنه يتوجب إذا تعلقت الوصية بعقار، أن يحرر بها عقد رسمي توثيقي أمام الموثق، حتى يمكن الإحتجاج بها في مواجهة الورثة والغير ؛[2] أو أنها تثبت بحكم قضائي في حالة وجود مانع قاهر، ويتم إثباتها عندئذ بجميع طرق الإثبات، ويؤشر به على هامش أصل الملكية (م 191 من ق.أ).[3]

رابعا : ضرورة شهر الوصية العقارية

القاعدة في الفقه الإسلامي أنه **لا تكون الوصية تصرفا شكليا، إلا إذا تعلقت بالعقار أو بالحقوق العينية الأخرى**، التي تستوجب إجراءات

1999/03/16، ملف رقم 219901، المرجع نفسه، ص 287 ؛ 1992/06/15، ملف رقم 318410، ن.ق، العدد59، ص 231 ؛ 1984/07/09، ملف رقم 33719، م.ق، 1989، العدد3، ص 51 ؛ 1999/03/16، ملف رقم 219901، م.ق، 2001، عدد خاص، ص 287 ؛ 1998/06/16، ملف رقم 197335، نفس المرجع، ص 281 ؛ 1998/03/17، ملف رقم 186058، م.ق، 1999، العدد1 ؛ 1991/05/28، ملف رقم 74249، م.ق، 1993، العدد2 ؛ 1990/03/05، ملف رقم 59240، م.ق، 1993، العدد3 ؛ 1984/07/09، ملف رقم 33719، م.ق، 1989، عدد 3، ص51 ؛ 1997/12/23، ملف رقم 160350، م.ق، عدد خاص، 2001، ص 295 ؛ 2000/09/27، ملف رقم 202778، م.ق، 2001، عدد2، ص258.

[1] - **المحكمة العليا**، غ.م، 1991/05/28، ملف رقم 74249، م.ق، 1993، عدد2 ؛ 1990/03/05، ملف رقم 59240، م.ق، 1992، عدد3.

[2] - "من المقرر قانونا، أنه تصح الوصية بمجرد التصريح بها أمام الموثق." **المحكمة العليا**، غ.ع، 2011/07/14، ملف رقم 665688، م.م.ع، 2011، العدد2، ص 172 ؛ 2010/12/09، ملف رقم 581896، م.م.ع، 2012، العدد1، ص 276.

[3] - "إن قضاة الإستئناف بقضائهم باستبعاد الوصية الشفوية، لسبب عدم التصريح بها وتحرير عقد بذلك أمام الموثق، فإنهم بقضائهم طبقوا صحيح القانون..." **المحكمة العليا**، غ.أ.ش، 1998/06/16، ملف رقم 197335، م.ق، عدد خاص، 2001، ص 281 ؛ 1997/12/23، ملف رقم 160350، المشار إليه ؛ 2008/01/16، ملف رقم 413209، م.م.ع، 2008، العدد2، ص 303.

التسجيل والشهر التي يتطلبها القانون في إنتقال العقار، لأنها من أعمال التبرع التي تدخل في أوجه البر المختلفة المنصوص عليها شرعا ؛ والكتابة المطلوبة في الوصية على مختلف صورها ليست إلا لجواز سماع دعوى الوصية دون إنعقادها ؛ أي أن الكتابة المطلوبة ينبغي أن تدل على ما ينبئ عن صحة الوصية وخلوها من شبهة التزوير.

غير أنه يستوجب في القانون الجزائري تصريح الموصي بالوصية أمام الموثق، وتحرير عقد بذلك وفقا للمادة **191** من ق.أ، ومن تم تسجيل الحقوق العقارية أو العينية الموصى بها في السجل العيني العقاري، وشهرها لدى المحافظة العقارية ؛ فلا يسري أثرها القانوني على الغير إلا من تاريخ قيدها في السجل العقاري.[1]

ففي قرار مشهور للمحكمة العليا قضت بأنه :" **من المقرر قانونا، أنه تثبت الوصية بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك**، وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم يؤشر على هامش أصل الملكية (م 191 من ق.أ). ومن ثم، فإن قضاة المجلس بقضائهم بإستبعاد الوصية الشفوية، لسبب عدم التصريح بها أمام الموثق، طبقوا صحيح القانون."[2]

وتصح الوصية العقارية قانونا، بمجرد التصريح بها أمام الموثق، بعقد توثيقي رسمي، عملا بأحكام المادة 191 من ق.أ، دون أن تتعرض للإشهار ؛ كما أنه تصح الوصية العرفية إذا تم الإشهاد عليها بشهادة الشهود، **لأن الأمر يتعلق بتصرف إنفرادي في التركة مضاف إلى ما بعد الموت**، ويكتسب الموصى له بطريق الوصية المال الموصى به بعد وفاة الموصى مصرا على وصيته ؛ والقانون لا يشترط لقيامه شهر العقد.[3]

غير أن الشهر يكون واجبا من الناحية القانونية لنقل ملكية العقار الموصى به، بعد وفاة الموصي، في أجل أقصاه 6 أشهر من تاريخ الوفاة ؛

---

[1] - د. ويس فتحي، الشهر العقاري في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 410 وما بعدها.

[2] - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1997/12/23، ملف رقم 160350، إق.غ.أ.ش، مق، عدد خاص، 2001، ص 295.

[3] - المحكمة العليا، غ.ع، 2001/05/30، ملف رقم 211880، غير منشور.

ويسري عندئذ الشهر بأثر رجعي من يوم الوفاة إستثناءا، مثلما هو الشأن في القسمة العقارية (المادة 165 و324 مكررا 1 و793 من ق.م و15 من الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، و39 و91 من المرسوم رقم 63/76).[1]

فلا يحتج بالوصية قانونا إلا إذا سجلت في مصلحة التسجيل المختصة، ويرجع أثر التسجيل إلى تاريخ وفاة الموصي بالنسبة إلى الورثة، وإلى تاريخ التسجيل بالنسبة إلى الغير.

وذلك لأن التصرفات القانونية التي تهدف إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو إنقضاء حق عقاري أو حق عيني عقاري في التشريع الجزائري، لا يكون لها أثر بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية؛ ويدخل في هذه التصرفات القسمة العقارية والوصية والميراث والوقف والرهن الرسمي، فلا يسري أثرها على الغير إلا من تارخ قيدها وشهرها؛ وهو ما سار عليه الشراح في الفقه الجزائري.[2]

وعلى كل، فإن الوصية وفقا لإجتهادات المحكمة العليا المشهورة تنتج أثرها القانوني، بالنسبة للإلتزامات الشخصية بين الموصي والموصى له، حتى ولو كانت غير مشهرة.[3] كما أنه يمكن وفقا لأحكام المادة 191 من ق.أ في **حالة وجود مانع قاهر، إثبات الوصية بجميع طرق الإثبات** المقررة قانونا.[4]

ولا تسمع دعوى الإنكار في دعوى الوصية أو الرجوع عنها بعد وفاة الموصي، إلا إذا وجدت أوراق رسمية محررة بخط المتوفى وعليها إمضاؤه؛ أو

1- **الجريدة الرسمية**، العدد92، لسنة 1975، المؤرخة في 1975/11/18؛ **المحكمة العليا**، غ.ع، 2011/07/14، ملف رقم 665688، م.م.ع، 2011، العدد2، ص 172.

2- **د. زهدور محمد**، الوصية في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، المرجع المذكور، ص 146 وما يليها؛ **د. ويس فتحي**، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، المرجع السابق، ص 410 وما بعدها؛ **أ. حمدي باشا عمر**، عقود التبرعات، مذكور سابقا، ص 85 و86؛ **د. بلحاج العربي**، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، د.م.ج، ج2، الميراث والوصية، ط5، 2007، ص 10 و230؛ **ولنفس الكاتب**: شروط إنعقاد الوصية في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية، جامعة الجزائر1، 1990، العدد2، ص 392 وما بعدها.

3- **المحكمة العليا**، غ.ع، 2010/12/09، ملف رقم 581896، م.م.ع، 2012، العدد1، ص 276.

4- **المحكمة العليا**، غ.ع، 2008/01/16، ملف رقم 413209، م.م.ع، 2008، العدد2، ص 303.

كانت ورقة الوصية أو الرجوع عنها مصدقا على توقيع الموصي عليها، تفيد رجوعه عن الوصية صراحة.[1] فلو أقر الورثة بالوصية، أو وجهت إليهم اليمين فنكلوا، تسمع دعوى الوصية في الأساس ويحكم القاضي بالوصية؛ وذلك لأن الوصية ليست تصرفا شكليا في الشريعة الإسلامية؛ والكتابة المطلوبة من الفقهاء المعاصرين على مختلف صورها ليست إلا لسماع الدعوى، لا لإنعقاد الوصية لأنها وحدها الدليل القانوني على إثباتها.[2]

وعلى هذا، حكمت المحكمة العليا في قرار مشهور حديث بأن: **الحق العيني الموصى به يرتب مفعوله من يوم وفاة الموصي، وأن الوصية ولو كانت غير مشهرة، فإنها تحقق أثرها القانوني بالنسبة للإلتزامات الشخصية بين ذوي الشأن،** ومنها إمكانية إستغلال الموصى له للجزء الذي يحوزه واللآيل له بموجب الوصية ما دامت ثابتة؛ وهذا خلافا للمبدأ الذي قررته المادة و15 من الأمر رقم 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري من أكل حق عيني يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارها في مجموعة البطاقات العقارية.[3]

ونلاحظ أخيرا، أن الموصى له إذا لم يقم بشهر حقه بعد وفاة الموصي في الوصية العقارية، خلال أجل أقصاه 6 أشهر (م 91 و99 من المرسوم رقم 63/76)؛ سيكون مسؤولا مدنيا إذا ما أدى عدم الشهر إلى الإضرار بحقوق الغير، كما أنه لا يستطيع قانونا التصرف في العقار الموصى به المنتقل، إضافة إلى عدم الإحتجاج به في مواجهة الغير.

---

[1] - المادة 1127 مدني اردني، و1205 مدني إماراتي؛ **المحكمة الإتحادية الإماراتية العليا**، 2002/12/28، رقم 23/21، م.أ.م.إ.ع، 2003، العدد4، ص 2394.

[2] - وهذا ظاهر في بعض الإجتهادات القضائية للمحكمة العليا المشهورة؛ **المحكمة العليا**، غ.ع، 2008/01/16، ملف رقم 413209، مذكور سابقا.

[3] - **المحكمة العليا**، غ.أ.ش، 2010/12/09، ملف رقم 581896، المشار إليه.

المطلب الرابع
الشُفعة
(La Préemption)

أولا : التعريف بالشفعة

الشفعة لغة بضم الشين : بمعنى الضم أو الزيادة بعد الطلب، لأن الشفيع يضم بمقتضاها العقار المشفوع إلى ملكه، فيتملكه بالشفعة ويضمه إلى ما يمتلكه ؛[1] أي أنه يضم المبيع إلى ما يتملكه بهذا الحق، فيزيده إلى ملكه شفعا في العقار دون المنقول ؛ وذلك لأن حق الشفعة لا يثبت إلا في العقار، ولو جبرا على المشتري.[2] ومنه الشفاعة يوم القيامة، لقوله تعالى : "فما تنفعهم شفاعة الشافعين"،[3] وقوله سبحانه : "ولا تغني شفاعتهم شيئا ؛"[4] وكذا قوله عز وجل : " ما من شفيع إلا من بعد إذنه."[5]

وأما في الإصطلاح القانوني : فهي تمليك الشفيع العقار المبيع جبرا على المشتري، بمقدار الثمن الذي بالثمن الذي اشتراه مع المصاريف ؛ أي **بمعنى أنها تملك الشفيع العقار المشفوع فيه جبرا على المشتري، بما قام عليه من الثمن والنفقات[6].**

فهي وفقا لأحكام المادة 794 من ق.م، "رخصة تجيز للشفيع الحلول محل المشتري في بيع العقار، ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية" (La chefâa est la faculté de se substituer, dans une vente immobilière, à

---

[1] - ابن منظور، لسان العرب، ج8، ص 185.
[2] - الشيخ علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية، ص265 ؛ د. وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، ج1، ص 751 ؛ د. محمد جاب الله، أحكام الشفعة في الشريعة الإسلامية، مؤسسة حورس الدولية، الإسكندرية، 2013، ص 7 وما بعدها.
[3] - سورة المدثر، الآية 48.
[4] - سورة النجم، الآية 26.
[5] - سورة يونس، الآية 3.
[6] - المادة 950 من مجلة الأحكام العدلية.
راجع ابن قدامة، المغني، ج5، ص329 ؛ البهوتي، كشاف القناع، ج3، ص 149 ؛ الدردير، الشرح الصغير، ج3، ص 254 ؛ إبن عابدين، رد المحتار، ج5، ص 239 ؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج6، ص 2708 ؛ الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص 238 ؛ إبن قيم الجوزية، اعلام الموقعين، ج2، ص 139 إلى 142.

(l'acheteur dans les cas et aux conditions prévus aux articles suivants) ؛ وهي تتم إذا ثبتت للشفيع، لو جبرا على المشتري، بالثمن والنفقات ومصاريف التسجيل[1]

ويسمى صاحب الحق في الشفعة **بالشفيع** (وجمعهم شفعاء)، والعقار المبيع **المشفوع فيه**، والتصرف الذي يجيز الشفعة (كالبيع أو الشركة) **بالمشفوع به**.

والشفعة بمفهوم المادة 794 من ق.م، **ليست حقا شخصيا ولا حقا عينيا**، بل واقعة مادية مركبة، **فهي رخصة استثنائية منحها القانون للشفيع** وفقا لمقتضيات المادة 794 من ق.م ؛ له حق استعمالها أو عدم استعمالها، وهي تسقط بعدم المطالبة بها خلال المدة المعينة قانونا.[2] **فهي مصدر من مصادر الحقوق العينية العقارية** (Droit de Préemption)[3]؛ فلشريك على الشيوع مثلا حق الأخذ بالشفعة، إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي، سواء كان البيع حصة شائعة أم قدر مفرز.[4]

فالشفعة بهذا المفهوم، هي حق تملك العقار المبيع أو بعضه، أي أنها **سبب من أسباب كسب الملكية لأشخاص معينين، ولو جبرا على المشتري في الأحوال المنصوص عليها** ؛ بما قام عليه من الثمن والنفقات، لدفع ضرر الشريك الجديد.[5] فهي رخصة قانونية لكسب الملك، **أجيزت لرفع الضرر عن الجار بسبب الجوار الملاصق، وعن الشركاء في الشركة أو في**

---

[1] - المحكمة العليا، غ.ع، 2013/07/11، ملف رقم 783143، م.م.ع، 2014، العدد1، ص 346؛ د. جبار جميلة، نظام الشفعة في التشريع الجزائري، الإجتهاد القضائي للغرفة العقارية للمحكمة العليا، مم.ع، عدد خاص، ج3، 2010، ص **66**.

[2] - إن حق التملك بالشفعة هو مجرد رخصة، ومن تم لا يجوز التوسع في هذا الحق لأنه مقرر على خلاف الأصل. تمييز مدني أردني، 1988/02/16، ملف رقم 88/5، م.ن.م، 1990، ص 1057.

[3] - المادة 935 و944 مدني مصري

[4] - نقض مدني مصري، 1987/03/11، طعن رقم 53/1466.

[5] - تمييز مدني لبناني، 1971/06/08، مجموعة حاتم، ج125، ص 36.

راجع للإستزادة: موسى أبو ملوح، التملك بالشفعة وطبيعته القانونية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1983 ؛ عبد الله صالح، التملك بالشفعة في القانون المدني اليمني، الجامعة نفسها، 1994 ؛ نادية يونسي، النظام القانوني للشفعة في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة قسنطينة، الجزائر، 1980 ؛ عبد الوهاب لطوف، الشفعة في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر العاصمة، 1983.

الشيوع، إذا تعلق الأمر بالبيوع العقارية الرسمية ؛ وهذه هي الحكمة من إقرار حق التملك بالشفعة.[1]

والأصل أنه لا تجوز الشفعة، لأنها وإن خالفت مبدأ حرية التعاقد والتراضي في العقود، لأن العقد شريعة المتعاقدين (م 106 من ق.م) ؛ لأنها تقيد حرية المالك في التصرف في ملكه، بنزع الملكية من الغير المشتري جبرا لتحقيق مصلحة الشفيع ودفع الضرر عنه ؛[2] فهي توافق قاعدة دفع الضرر عن أصحاب الحقوق المالكين للعقارات، كالشريك أو الجار أو المنتفع.[3]

فمن المعلوم في التشريع الجزائري، أنه لا ينزع من أحد ملكه، إلا وفقا للمصلحة العامة ؛ على أن يعوض المالك تعويضا منصفا وعادلا. فقد نصت المادة 22 من دستور عام 2016، صراحة على أنه : "لا يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون ؛ ويترتب عليه تعويض عادل ومنصف."[4]

وقد نظم المشرع الجزائري أحكام الشفعة في المواد من 794 إلى 807 من ق.م، تحت فصل طرق إكتساب الملكية، كما أشار إليها في تشريعات

---

1 - تمييز مدني أردني، 1995/05/13، ملف رقم 94/126، م.ع، 1995، ص 1369 ؛ 1992/10/23، رقم 93/1133، 1994، ص 203 ؛ 1988/02/16، رقم 88/5، 1990، ص 1057 ؛ 1987/06/11، رقم 87/440، 1989، ص 2045.

فالراي مستقر لدى الفقهاء على أن الشفعة ليست حقا عينيا ولا حقا شخصيا، بل هي رخصة منحها القانون لأشخاص معينين. وذكر بعض الفقه بأن الشفعة في منزلة وسط بين الحق في الملك والرخصة في الملك، باعتبارها سببا من أسباب كسب الملكية، وكذا لارتكازها على إرادة الشفيع المنفردة في إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة، إذا توافرت شروط المطالبة بها قانونا.

انظر د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج9، فقرة 162 ؛ د. عبد المنعم الصده، الحقوق العينية الأصلية، ص 347 ؛ د. محمد قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية، ص 257 ؛ د. علي العبيدي، الحقوق العينية، ص 138 و139 ؛ د.السيد عرفة، الشفعة كسبب لكسب الملكية، المكتب الفني للموسوعات القانونية، الإسكندرية، ص 12 وما بعدها ؛ د. عبد الخالق أحمد، الشفعة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دار الكتاب الجامعي، الإسكندرية، 1997، ص 6 و7 ؛ د. أحمد اباش، الأحكام العامة للشفعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008، ص 109 وما يليها.

2 - الشيخ علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية، ص266 ؛ د. وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، ج1، ص 751 وما يليها ؛ د. محمد جاب الله، أحكام الشفعة في الشريعة الإسلامية، ص 18 وما بعدها ؛ د. جبار جميلة، نظام الشفعة في التشريع الجزائري، البحث المذكور، ص 66 وما بعدها.

3 - د.أحمد خالدي، الشفعة، دار هومه، الجزائر، ط2، 2013، ص 23 و28 وما بعدها ؛ د. أحمد دغيش، حق الشفعة في التشريع الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2011، ص 37 وما يليها.

4 - المادة 18 من النظام الأساسي للحكم الصادر في 1412ه، والمواد 1 و2 و7 من نظام نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة الصادر عام 1424ه.

خاصة تتعلق بالشفعة الإدارية للهيئات العمومية المؤهلة قانونا ؛ كالمادة 24 من القانون رقم 19/87 المؤرخ في 1987/12/08، المتضمن ضبط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية، وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم ؛[1] وكذا المادة 52 و55 من قانون التوجيه العقاري رقم 25/90 المؤرخ في 1990/11/18 المعدل والمتمم بالأمر رقم 28/95، التي تجيز للهيئة العمومية المؤهلة، أن تتقدم لشراء الأراضي مع ممارسة حق الشفعة، تبعا للرتبة المحددة في المادة 795 من ق.م.[2]

ثانيا : نظام الشفعة في الفقه الإسلامي

الشفعة نظام أقرته الشريعة الإسلامية قبل القوانين الوضعية (Chefâa)، **كسبب من أسباب كسب الملكية**، لدفع الضرر عن الشريك في الملك الشائع القابل للقسمة، أو الجار الملاصق، أو صاحب حق الإنتفاع إذا بيعت الرقبة ؛[3] لتوحيد الملكية العقارية أو تحريرها عند الإقتضاء من الإتفاقات الضارة بمصالح الشفعاء، بدفع ضرر الدخيل ومنع مضايقات الجوار، من غير ضرر يلحق بالبائع لقوله صلى الله عليه وسلم : **"لا ضرر ولا ضرار"**.[4]

فللشفعة فائدة إقتصادية وقانونية، حيث تؤدي إلى تجميع ما تفرق من الملكية العقارية، وجمع شتاتها وخاصة الزراعية منها، كضم حق الإنتفاع، وإنهاء حالة الشيوع ؛ ومن تم إبعاد الدخيل الأجنبي من اقتحام نطاق الشركاء في الملكية الشائعة والتقليل من عدد هؤلاء الشركاء بقدر الإمكان. فإن الشركة في العقار ينتج عنها أضرارا جسيمة، وقد تطول مدة الشراكة ؛ فجاء نظام الشفعة لدفع الضرر عن الشريك، دون إلحاق الضرر بالبائع أو المشتري.[5]

---

[1] - الجريدة الرسمية، العدد 50، الصادرة بتاريخ 1987/12/09.

[2] - الجريدة الرسمية، العدد 49، الصادرة بتاريخ 1990/11/18.

[3] - أنظر د. وهبة الزحيلي، الوجيز في الفقه الإسلامي، ص 357 وما بعدها ؛ د. خالد اللحيدان، الشفعة بالجوار، مجلة العدل، الرياض، السعودية، العدد 12.

[4] - رواه مالك وأحمد وابن ماجه، وحسنه النووي في الأذكار.

[5] - د. بلحاج العربي، الوسيط في شرح الحقوق العينية في ضوء الفقه الإسلامي، ط2، 2016، المرجع المذكور، ص 177 وما بعدها ؛ النظريات العامة في الفقه الإسلامي، المرجع المذكور، فقرة رقم 171 وما بعدها.

فهي استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه، فلا يجوز للشريك أن يبيع حتى يستأذن شريكه، فإن شاء أخذ وإن شاء ترك؛ فإن باع ولم يستأذنه فهو أحق به؛[1] لقوله صلى الله عليه وسلم: "**الجار أحق بشفعة جاره**؛"[2] وفي رواية أخرى قوله عليه الصلاة والسلام: "**جار الدار أحق بالدار من غيره**"،[3] وقوله صلى الله عليه وسلم: "**الجار أحق بصقبه**" (أي شفعته)؛[4] وكذا حديث ابن عباس رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "**من كان له أرض وأراد بيعها فليعرضها على جاره**"؛[5] وما رواه مسلم في صحيحه عن جابر رضي الله عنه: "**أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فيما لم يقسم الشركاء، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق، فلا شفعة**."[6] وقد قضى الرسول عليه الصلاة والسلام بالشفعة للجوار، فيما أخرجه النسائي من حديث أبي الزبير عن جابر رضي الله عنه.[7]

وقد أجمع الفقهاء في الفقه الإسلامي القديم والمعاصر، على **جواز الأخذ بالشفعة في العقار باعتبارها تحقق المصلحة**، لقوله صلى الله عليه وسلم: "**لا شفعة إلا في ربع أو حائط**"؛[8] **وهي تدفع الضرر** من سوء الجوار، وضرر الدخيل الجديد عن الشركاء فيما لم يقسم بينهم؛ ومن ثم ثبوت حق الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما بيع من أرض أو دار أو حائط بمثل الثمن الذي دفعه المشتري للبائع.[9] فهي حق تملك جبري يثبت للشريك على

---

[1]- أنظر شرح الزرقاني على موطأ مالك، ج3، ص 475 وما بعدها.

2 - **رواه مالك في الموطأ**، عن جابر رضي الله عنه، ص 305؛ **وأخرجه ابن ماجة** في سننه عن الحسن بن سمرة مرفوعا، ج2، رقم 2494 ورقم 2496؛ **والطحاوي** عن جابر رضي الله عنه؛ وكذا **أحمد وأبو داود والترمذي والنسائي**. وروى الطبراني عن النبي عليه الصلاة والسلام قوله: "**الشفعة للشريك وللجار حتى يتركها**." أنظر كنوز الحقائق بهامش الجامع الصغير **للسيوطي**، ج1، ص 151.

3 - **رواه أحمد وأبو داود** في سننه **وصححه الترمذي** عن الحسن بن سمرة مرفوعا.

[4]- **رواه البخاري وأبو داود**.

[5]- **رواه ابن ماجة**، من حديث شريك القاضي عن سماك عن عسكرية عن ابن عباس رضي الله عنه؛ ورجال هذا الإسناد ثقات كلهم محتج بهم في الصحيح، أنظر **ابن القيم**، إعلام الموقعين، ج2، ص145 و146.

6- **رواه الإمام مالك** في الموطأ عن سعيد بن المسيب وعبد الرحمن بن عوف، أنظر شرح الزرقاني على الموطأ، ج3، ص 475؛ **ورواه البخاري** في صحيحه، ج2، ص22، راجع سبل السلام **للصنعاني**، ج3، ص59.

[7]-**الصنعاني**، سبل السلام، ج3، ص 71 وما بعدها؛ **الشوكاني**، نيل الأوطار، ج5، ص 331 و332.

8- **رواه البخاري**، أنظر سبل السلام شرح بلوغ المرام، **للصنعاني**، ج3، ص59.

9- **ابن رشد**، بداية المجتهد، ج5، ص 252؛ **ابن قدامة**، المغني، ج5، ص 310؛ **ابن قيم الجوزية**، إعلام الموقعين، ج2، ص 147؛ **السرخسي**، المبسوط، ج14، ص91 و92؛ **الشيخ علي الخفيف**، الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية، ص 266 وما بعدها.

العقار بسبب الشركة، إذا اختار المطالبة بالشفعة، بما يملك به لدفع الضرر، لعموم قوله عليه الصلاة والسلام: " **فشريكه أحق به**."[1]

فإن مصلحة الشفيع أولى بالرعاية من مصلحة الغير، وهو المشتري الأجنبي، لأنه **لا ضرر ولا ضرار**، وأن الضرر يزال بدفع ضرر المجاورة أو الإشتراك في الملك بدفع ثمن المثل.[2] فيثبت الحق في الشفعة للشريك في نفس المبيع، وللخليط في حق البيع كإشتراك شخصين في عقار واحد، وللجار الملاصق. فإذا إجتمعت أسباب الشفعة، قدم الشريك في نفس العقار، ثم الخليط في حق المبيع، ثم الجار الملاصق.[3]

ومن الملاحظ أن **الشفعة سبب مستقل لكسب الملكية عند الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة بمجرد طلب الشفيع للشفعة**، وعند الحنفية هي صورة خاصة من صور العقد، بسبب مجرد الجوار؛ لأن الشفيع عندهم لا يكتسب الملكية إلا بالتراضي بينهم وبين المالك الجديد، أو بقضاء القاضي عند رفض هذا الأخير التسليم له بحق الشفعة.[4]

ثالثا : خصائص حق الشفعة

من أهم خصائص حق الشفعة في القانون المدني الجزائري، نذكر على الخصوص ما يلي :

أ- **حق إستثنائي** : أي أنه مجرد رخصة متصلة بشخص الشفيع شرعت لدفع الضرر عنه، وفقا لأحكام المادة 794 من ق.م (La chefâa est la faculté de se substituer)، فهو حق ضعيف أقرب للخيار الذي يثبت للشفيع، منعا للضرر المحتمل الذي قد يصيبه، ويقيد حرية المالك في التصرف في ملكه.[5]

1- اخرجه مسلم في صحيحه، ج5، ص 57.

2- د. محمد سوار، النزعة الجماعية في الفقه الإسلامي وأثرها في حق الملكية، ص 137؛ د. عبد المنعم الصده، الحقوق العينية الأصلية، ص 347 ؛ د. أحمد خالدي، الشفعة، ص73 وما بعدها ؛ د. احمد دغيش، حق الشفعة في التشريع الجزائري، ص 71 وما يليها ؛ د. عبد الخالق أحمد، الشفعة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، ص 12 وما بعدها.

3- المادة 1008 من مجلة الأحكام العدلية ؛ والمواد من 96 إلى 101 من مرشد الحيران.

4- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج2، ص 359 وما بعدها.

5- إن حق التملك بالشفعة هو مجرد رخصة.

ومن ثم، أجيز حق الشفعة استثناءا على خلاف الأصل، لتوحيد الملكية العقارية أو تحريرها عند الإقتضاء من الإتفاقات، فلا يجوز التوسع في تفسير هذا الحق، لأنه مقرر على خلاف الأصل ؛ فهي تجب في العقار، لأن الضرر في العقار المشاع يتأيد من جهة الشريك، فتثبت فيه الشفعة لإزالة الضرر.[1]

ولذلك فقد ضيق القانون فيها، سواء من حيث ما اشترطه لثبوت الحق فيها، أو من حيث إجراءاتها.[2]

فلا ينتقل حق الشفعة إلى الغير بطريق الحوالة، لأن الشفعة رخصة وليست بحق، ولا يجوز لدائن الشفيع إستعمالها نيابة عنه للمطالبة بها بطريق الدعوى غير المباشرة.[3]

ب- **حق لا يقبل التجزئة في استعماله** : إذ لا يجوز للشفيع عند أخذه بحق الشفعة أن يطلب تملك بعض العقار المشفوع فيه، ويترك بعضه الآخر. ومن ثم، يستوجب على الشفيع أن يطالب بكل العقار المبيع المشفوع به تفاديا لإحتمالات تجزئة الشفعة.

ويجوز وقوع الشفعة على عقار أو أكثر، إذا كان حق الشفعة لا يتجزأ، وفي مثل هذه الحالة يمارس حق الشفعة على العقار الذي تتوافر فيه الشفعة.

ج- **حق قابل للإسقاط** : أي بمعنى أن **حق الشفعة يجوز التنازل عنه من طرف الشفيع صراحة أو ضمنا، ولو قبل البيع، وفقا للمادة 1/807 من ق.م**، بالتراضي أو قبل صدور الحكم الذي يقرر الشفعة ؛ ولكنه حق

أنظر تمييز مدني أردني، 1988/02/16، ملف رقم 88/5، م.ن.م، 1990، ص 1057.

[1]- أنظر د. جبار جميلة، نظام الشفعة في التشريع الجزائري، الإجتهاد القضائي للغرفة العقارية للمحكمة العليا، م.م.ع، عدد خاص، ج3، 2010، ص 64 وما يليها.

[2]- حق الشفعة حق إستثنائي، إذ يعتبر قيدا مفروضا بحكم القانون على حرية التمليك، لأنه يؤدي إلى نزع الملكية من الشاري لمصلحة الشفيع ؛ مما يستوجب أن تفسر الأحكام القانونية العائدة للشفعة تفسيرا ضيقا بصورة حصرية، طالما أنه يقيد حرية المالك في التصرف بملكه على خلاف مبدأ حرية التعاقد ؛ بحيث لا تخرج دعوى الشفعة عن الغاية الأساسية التي تهدف إليها. راجع **تمييز مدني لبناني**، 2000/06/27، رقم 24، مج 29، ص 237 ؛ 1995/01/03، رقم 2، النشرة القضائية، 1995، العدد1، ص 42 ؛ 1970/01/127، المرجع نفسه، 1971، ص 766.

[3]- تمييز مدني لبناني، 1995/01/03، رقم 2، المشار إليه، ص 42.

غير قابل للتنازل عنه إلى الغير، لاتصال الشفعة بشخص الشفيع وتبعيتها للعقار المشفوع فيه.

د- حق ينتقل بالميراث : إذا توفي الشفيع، ينتقل الحق في الشفعة إلى الورثة الشرعيين عند جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة، إذا كان المورث قد طالب بالشفعة بعد العلم بالبيع ؛ وذلك لأن الحق يتقرر بالطلب، أي بإعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة، فلا يسقط بتأخير الأخذ بعد طلبه. فإن حق الشفعة متعلق بالمال والحقوق المالية، يلازم العقار المشفوع فتنتقل معه إلى الورثة ؛ ولهذا فإنه يورث، ويحل الوارث فيه محل مورثه في المطالبة بالشفعة.[1]

ومن ثم، فإن حق الشفعة هو من الحقوق التي يجري فيها التوارث، فلا يسقط بموت الشفيع،[2] على ما جرى به قضاء المحاكم العليا العربية.[3] وفي هذا نصت المادة 1158 مدني أردني صراحة على أنه : "إذا ثبتت الشفعة فلا تبطل بموت البائع أو المشتري أو الشفيع".

وفي مقابل ذلك، ذهب الحنفية إلى أنه تبطل الشفعة بموت الشفيع، ولا ينتقل الحق فيها إلى ورثته، سواء كان موته قبل الطلب أو بعده ؛ وذلك لأن حق الشفعة ليس بمال بل هو مجرد إرادة أو مشيئة، ولأن ملك الشفيع الذي هو سبب الأخذ قد بطل بموته.[4] فقد نصت المادة 140 من مرشد الحيران على أنه : "تبطل الشفعة بموت الشفيع، مثل تملكه العقار المشفوع قضاء أو رضاء، سواء كان تملكه قبل الطلب أو بعده، ولا ينتقل حقه فيها إلى ورثته".

---

[1]- لا يعد موت الشفيع في الفقه الإسلامي مسقطا للحق في الشفعة، إذا توفي بعد إعلان الرغبة في الشفعة، ولكن قبل رفع الدعوى.
راجع إبن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص 386 ؛ د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 9، ص 458 ؛ د. محمد جاب الله، أحكام الشفعة في الشريعة الإسلامية، ص 51 وما بعدها ؛ أحمد خالدي، الشفعة، دار هومه، ط3، 2013، ص 276 ؛ د. بلحاج العربي، أحكام التركات والمواريث في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد، دار هومه، الجزائر، ط2، 2015، ص 82 وما بعدها.

[2] - د. جبار جميلة، نظام الشفعة في التشريع الجزائري، البحث المذكور، ص 85 و86.

[3] - من المقرر قانونا جواز توارث حق الشفعة. أنظر نقض مدني مصري، 1957/03/07، مق م ن، ج8، ص287.

[4]- إبن عابدين، رد المحتار، ج6، ص 241 ؛ المادة 1011 من مجلة الأحكام العدلية.
وراجع حمزة النسور، صاحب الحق في تملك العقار بالشفعة، دار الضياء، عمان، الأردن، 2009، ص 15 وما بعدها.

رابعا : أصحاب الحق في الأخذ بالشفعة

الأشخاص الذين لهم الحق في الأخذ بالشفعة في البيوع العقارية، محددون على سبيل الحصر في المادة 795 من ق.م،[1] وهم كالآتي :

1- مالك الرقبة، إذا بيع الكل أو البعض من حق الإنتفاع.

2- الشريك في الشيوع، إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي.

3- صاحب حق الإنتفاع، إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها.

إن الشفعة كسبب لكسب الملكية في القانون المدني الجزائري لا تتعلق إلا بالعقار، أي أنها لا تثبت إلا في البيوع العقارية من الأراضي والمباني، وحقوق الإرتفاق... ؛ **فهي لا تثبت في المال المنقول.**

وهي تثبت قانونا **لمالك الرقبة**، إذا بيع الكل أو البعض من حق الإنتفاع المناسب للرقبة، ولمالك الرقبة في الحكر والمستحكر ؛ **وللشريك على الشيوع، ولصاحب حق الإنتفاع، والشريك في حقوق الإرتفاق، وللجار المالك** الملاصق للعقار المبيع في الأراضي المبنية أو غير المبنية ؛ **بشرط ملكيته للعقار** المشفوع به، والتلاصق بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به.[2]

وعلى هذا، **يثبت حق الشفعة للشريك في الشيوع**، كما أشرنا في أحكام الملكية الشائعة، إذا بيع جزء من العقار المشاع للأجنبي، كما يثبت لصاحب حق الإنتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها.[3] كما أنه يثبت

1- "**من المقرر قانونا أن المستفيدين من حق الشفعة محددون في المادة 795 ق.م على سبيل الحصر**".
راجع **المحكمة العليا**، غ.ع، 2004/03/03، ملف رقم 282553 ؛ 2004/02/25، ملف رقم 256626 ؛ 2000/04/26، ملف رقم 193704 ؛ 2000/04/26، ملف رقم 198458، م.ق، 2000، العدد2، ص 163 ؛ 1997/11/11، ملف رقم 1794، ن.ق، 1999، العدد54، ص 93.

2- **المحكمة العليا**، غ.م، 1997/11/19، ملف رقم 150100، م.ق، 1997، العدد2، ص55.

3- المادة 795 من ق.م.
"إن القانون المدني ذكر على سبيل الحصر الأشخاص الذين لهم الحق في ممارسة حق الشفعة، وهم وحددهم لهم الصفة لطلب الشفعة...".
راجع **المحكمة العليا**، غ.ع، 2000/04/26، ملف رقم 198458، م.ق، 2000، العدد2، ص 163 ؛ 1998/03/25، ملف رقم 179136، إ.ق.غ.ع، 2004، عدد خاص ج1، ص220 ؛ 1997/11/11، ملف رقم 1794، ن.ق، 1999، العدد54، ص 93 ؛ 1991/02/12، ملف رقم 64984، م.ق، 19993، العدد1، ص 23 ؛ 1991/02/18، ملف رقم 64984، م.ق، 1993، العدد1، ص 23.

حق الشفعة لمن يشترك مع العقار المبيع في حق إرتفاق خاص، كحق المرور أو حق الشرب أو حق المسيل.[1]

ومن المعلوم أن التشريع الجزائري، **يثبت حق ممارسة الشفعة للدولة والمحافظات والبلديات المحلية، والهيئات العمومية المؤهلة قانونا بتشريعات خاصة**؛ فيضاف حق الدولة في الشفعة تبعا للرتبة المحددة في المادة 795 من ق.م،[2] من أجل توفير حاجيات ذات منفعة عمومية، بهدف تحسين الهيكل العقاري للمستثمرات الفلاحية، بصرف النظر عن إجراء نزع الملكية للمنفعة العامة.[3]

ويتقرر الحق في الشفعة للدولة الجزائرية، وكذا المؤسسات العمومية الإقتصادية، على كل التنازلات عن حصص المساهمين الأجانب في الشركات، وكذا عندما يكون التنازل من مساهمين جزائريين لفائدة المساهمين الأجانب؛[4] وهذا لحماية حقوق الدولة والمؤسسات الإقتصادية الوطنية من خطر الإستثمارات الأجنبية.[5]

وفي نفس السياق، **يمكن للديوان الوطني للأراضي الفلاحية ممارسة حق الشفعة، كجزاء لعدم إستثمار الأرض الفلاحية، أو تغيير وجهتها**

---

[1]- فإذا بيعت دار لها حق المرور من طريق خاص، تثبت الشفعة لأصحاب الدور الأخرى التي لها حق المرور في نفس الطريق. أنظر **تمييز مدني أردني**، 1988/03/22، ملف رقم 88/210، م.ع، 1990، ص 1303.

[2] - سماعين شامة، حق الشفعة الإدارية، معهد القضاء، الجزائر، التخصص العقاري، دفعة 2003/2002.

[3]- المادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم 454/91 المؤرخ في 1991/11/23 ؛ والمادة 24 من القانون رقم 19/87 المؤرخ في 1987/12/08 ؛ والمادتين 62 و71 من القانون رقم 25/90 المؤرخ في 1990/11/18.

[4] - المادة 62 من الأمر رقم 01/09 المؤرخ في 2009/07/22، و46 من الأمر رقم 01/10 المؤرخ في 2010/08/26 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010 ، و**4 مكرر3 من الأمر رقم 03/01 المؤرخ في 2001/08/20 المتعلق بتطوير الإستثمار**، المعدل بقانون المالية لعام 2009، المعدل والمعدل والمتمم بالأمر رقم 01/09 المؤرخ في 2009/07/22 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009 ؛ المعدل والمتمم بالأمر رقم 01/10 المؤرخ في 2010/08/26 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010 ؛ والقانون رقم 16/11 المؤرخ في 2011/12/28 المتضمن قانون المالية لسنة 2012.

[5]- **د. جبار جميلة**، نظام الشفعة في التشريع الجزائري، البحث المذكور، ص 80 و81 ؛**أ. احمد خالدي**، الشفعة، ص 89 وما يليها ؛ **د. أحمد دغيش**، حق الشفعة في التشريع الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2011، ص 177 وما يليها ؛ **أ. لعروم مصطفى**، الشفعة في القانون المدني الجزائري، مجلة الموثق، العدد7، جويلية 1999 ، ص 35 وما بعدها ؛ **أ. سماعين شامة**، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، دار هومه، 2004، ص 242 وما بعدها ؛ **د. عيبوط وعلي**، الإستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، الدار نفسها، ط2014،2، ص 72 وما بعدها.

الفلاحية، أو تكون هناك معاملات عقارية غير مشروعة تلحق الضرر بالأرض الفلاحية ؛ باعتبار أن الدولة مالكة للرقبة، طبقا لأحكام المادة 795 ق.م بعد الإنذار، وفق الشروط والأحوال المحددة قانونا، وحسب الكيفيات والإجراءات المقررة بموجب الأحكام والنصوص المتخذة لتطبيقها.[1]

وجدير بالملاحظة أنه **لا يدخل حائز الأرض بموجب أحكام قضائية سابقة ضمن الأشخاص المحددين على سبيل الحصر، فلا يجوز له المطالبة** القضائية بحق الشفعة وفقا لمقتضيات المادة 795 من ق.م.[2]

خامسا : شروط الأخذ بالشفعة

يشترط القانون المدني الجزائري للأخذ بحق الشفعة : أن يكون الشفيع من الأشخاص الذين لهم حق الشفعة، وأن ترد الشفعة على عقار، وأن يكون التصرف من المعاوضات المالية ؛ وهو ما سنوضحه فيما يلي :

أ- أن يكون الشفيع من الأشخاص الذين لهم حق الشفعة :

سواء كان شخصا طبيعيا أم اعتباريا، وفقا للأشخاص المحددين في المادة 795 من ق.م، وفق الشروط والإجراءات والأحكام المقررة قانونا ؛ بأن يكون الشفيع من أصحاب الشفعة، وأن يكون أهلا للتصرف ؛ لأن الأخذ بالشفعة يعد عملا من أعمال التصرف الذي يستوجب الأهلية القانونية اللازمة للشراء في الشفيع.[3] فإذا كان الشفيع ناقص الأهلية، كان تصرفه موقوفا على إجازة وليه الشرعي ؛ وأما إذا زالت أهلية الشفيع في الفترة الواقعة بين البيع وتمام الأخذ بالشفعة، يسقط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة من الناحية القانونية.[4]

ومن الشفعاء في القانون : كمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الإنتفاع، وكالشريك في الشيوع، والشريك في حقوق الإرتفاق،

---

[1] - المادة 24 من القانون رقم **19/87** المؤرخ في 1987/12/08 المتعلق بضبط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية ؛ والمادة 52 و55 من القانون رقم **25/90** المؤرخ في 1990/11/18 المتضمن التوجيه العقاري المعدل بالأمر رقم **28/95**.

[2] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2004/02/25، ملف رقم 256626، المشار إليه.

[3] - **تمييز مدني أردني**، 1990/04/02، ملف رقم 89/951، م.ن.م، 1991، ص 1308.

[4] - **د. عبد المنعم البدراوي**، الحقوق العينية الأصلية، فقرة 425.

والجار الملاصق (إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة ...) ؛ وذلك لرفع الضرر الحاصل في الإشتراك في حقوق الملك في الأملاك المتلاصقة، لأن رفعه مصلحة للشريك، من غير مضرة على البائع ولا على المشتري.

ومن الشروط المتعلقة بالشفيع في القانون المدني الجزائري: أن تتوافر الأهلية في الشفيع، لأن الشفعة من أعمال التصرف كما ذكرنا، وأن يكون شريكا في الحق المبيع، وأن يكون مالكا للعقار المشفوع به وقت بيع العقار المشفوع، بأن يكون مالكا لما يشفع به حتى تمام الشفعة؛ وأن يستمر سبب الأخذ بالشفعة إلى وقت تمام الأخذ بها،[1] وألا يكون الشفيع ممنوعا من شراء العقار المشفوع فيه.

والشفعة كما تصح لمالك الرقبة، وللشريك في الشيوع، ولصاحب حق الإنتفاع (م 795 من ق.م) ؛ تجوز أيضا للدولة وفقا للمادة 3/52 من القانون رقم 25/90 المتضمن التوجيه العقاري، إذ يمكن للهيئة العمومية المؤهلة أن تتقدم لشراء هذه الأراضي مع ممارسة حق الشفعة تبعا للرتبة المحددة في المادة 795 من ق.م.

وبما أن الشفعة واقعة مادية، يجوز للشفيع إثباتها أمام القضاء، بجميع طرق الإثبات الشرعية القانونية، بما فيها الإقرار والبينة.[2] **ولا تكون الشفعة في الشيوع إلا للشركاء في المال المشاع**،[3] ومن ثم فلا شفعة بعد إجراء القسمة؛ فلا يحق مثلا طلب الشفعة ممن فرز نصيبه بقسمة رضائية.[4]

فإذا كان الشفيع شخصا معنويا، واستلزم تملكه للأموال موافقة الجهات الرسمية، فإن هذه الموافقة ليست لازمة عند رفع دعوى الشفعة أمام المحكمة؛ وإنما يلزم توفرها عند صدور الحكم القضائي النهائي بتمليك العقار المشفوع به للشفيع.[5]

---

[1] - لأنه إذا لم يكن الشفيع مالكا للعقار المشفوع به وقت البيع، يتخلف فيه سبب من أسباب الأخذ بالشفعة. نقض مدني مصري، 1985/01/20، طعن رقم 51/1652، م.م.ف، 36، ج1، ص 133؛ 1965/04/04، م.ق.ق، ج1، ص 25.

[2] - المحكمة العليا، غ.م، 1999/04/30، ملف رقم 64331.

[3] - المحكمة العليا، غ.ع، 2007/05/09، ملف رقم 402638، م.م.ع، 2008، العدد1، ص 193.

[4] - المحكمة العليا، غ.ع، 2000/03/15، ملف رقم 194838.

[5] - تمييز مدني أردني، 1994/01/18، ملف رقم 94/770، المرجع نفسه، 1995، ص 340.

وقد حكمت المحكمة العليا في إجتهاداتها القضائية المشهورة، بأن **المستفيدين من حق الشفعة محددون في المادة 795 ق.م على سبيل الحصر، ومن بينهم صاحب حق الإنتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها**؛[1] ومن ثم أخطأ قضاة الموضوع لما اعتبروا المستأجر منتفعا، وخلطوا بين الإنتفاع على وجه الإيجار، وبين حق الإنتفاع المتفرع عن حق الملكية؛[2] ومن ثم، **لا يدخل حائز الأرض ضمن الأشخاص المحددين على سبيل الحصر** في المادة 795 من ق.م، في مجال ممارسة حق الشفعة؛[3] **ولا يعتبر التاجر المستأجر للجدران منتفعا**، بحسب مفهوم المادتين 795 و844 من ق.م، وبالتالي لا يمكنه ممارسة حق الشفعة.[4]

كما قضت المحكمة العليا بأنه: **لا تعد حالة الجوار سببا من أسباب حق الشفعة**،"[5] وإن كان هذا الإجتهاد القضائي الأخير غير مؤسس وغير سليم، لا يساير أحكام المادة الأولى في فقرتها الثانية من ق.م، لأن أحكام **الشريعة الإسلامية ترخص للجار حق ممارسة الشفعة لدفع الضرر المتوقع من الجار الجديد** بنصوص شرعية ثابتة؛[6] لقوله صلى الله عليه وسلم: "**جار الدار أحق بالدار**"؛ وقوله عليه الصلاة والسلام: "**الجار أحق بشفعة جاره**"؛ وكذا قوله: "**الجار أحق بصقبه**". ومعنى الصقب في الحديث الشريف، أي ما يلاصق الملك والقرب في الجوار.

وعلى هذا، تثبت الشفعة في الفقه الإسلامي للجار المالك الملاصق للعقار المبيع، بالشروط القانونية المحددة والكيفيات والإجراءات المقررة، **كالملاك المجاورين في المستثمرات الفلاحية**، الذين لهم حق ممارسة حق الشفعة، في حالة وجود معاملات عقارية غير مشروعة، وفقا لمقتضيات المادة 55 و57 من القانون رقم 90/25 المتضمن قانون التوجيه العقاري، بغرض تحسين الهيكل العقاري في المستثمرة.

---

[1] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2000/04/26، ملف رقم 198458، إ.ق.غ.ع، ج1، 2004، ص 247.
[2] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2000/04/26، ملف رقم 193704.
[3] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2004/02/25، ملف رقم 256626.
[4] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 1998/03/25، ملف رقم 179136، إ.ق.غ.ع، 2004، ج1، ص 220، تعليق أ. **بوتارن فايزة**، المرجع نفسه، ص 225.
[5] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2004/03/03، ملف رقم 282553.
[6] - د. **احمد دغيش**، حق الشفعة في التشريع الجزائري، المرجع المذكور، ص 76 وما يليها.

ب- أن ترد الشفعة على عقار :

كالعقار المملوك على الشيوع في البيوع العقارية، من الأراضي والمباني وما يتصل بها، من الدور والدكاكين والبساتين... ؛[1] فهي تثبت للشريك في عقار مشترك، والشريك في حقوق الاتفاق، والجار الملاصق للعقار المبيع؛ بأن يكون العقار المشفوع فيه مملوكا للشفيع وقت بيع العقار المشفوع، ويبقى مالكا للعقار المشفوع فيه إلى أن يتملك ما يشفع فيه قبل أن يتملك، وإلا سقط حقه في الشفعة ؛[2] ومن ثم، يمتنع على المشتري منه الأخذ بالشفعة، لأنه لم يكن مالكا وقت إبرام عقد البيع. فقد أشارت المادة 794 من ق.م، بأن : الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتيري في بيع العقار، ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية."

فلا تثبت الشفعة قانونا، إلا فيما هو قابل للقسمة من العقارات الواسعة، من الأراضي والدور التي لا تمييز بين أجزائها ؛ والتي ينتفي الضرر من قسمتها، ولا معدل قسمة فيها من أحد الشريكين للآخر.[3]

فإذا كان العقار المشفوع فيه غير قابل للقسمة، كالدور الضيقة والأراضي الصغيرة والأرحبة الضيقة، لا شفعة فيها لصغر مساحتها ؛ ولا شفعة أيضا في فناء ولا في طريق ولا منقبة، ولا في الحيوان، ولا في السفن وسائر المنقولات من العروض لأنها ليست من العقار.[4]

كما أنه لا يمكن ممارسة حق الشفعة في عقار تابع لأملاك الدولة ؛ إذ لا يجوز التصرف في الأموال العامة أو الخاصة التابعة للدولة إلا بموجب القانون ؛ كما أنه لا يجوز حجزها أو تملكها بالتقادم مهما طالت المدة (م

---

[1]- المادة 1017 من مجلة الأحكام العدلية، و106 من مرشد الحيران.

[2]- إن حق الشفعة يثبت للشريك في المال غير المنقول فقط. راجع تمييز مدني أردني، 1987/02/21، ملف رقم 87/142، م.ن.م، 1989، ص 2489.

[3]- فقد نصت المادة 5/1159 مدني أردني، و1284 مدني إماراتي على أنه إذا كان العقار الشفوع فيه غير قابل للقسمة فلا شفعة فيه.

[4]- غير أن المنقولات إذا بيعت قصدا مع الأرض تجب فيها الشفعة تبعا للأرض.
انظر المادة 102 من مجلة الأحكام العدلية، و109 من مرشد الحيران ؛ د. محمد جاب الله، أحكام الشفعة في الشريعة الإسلامية، ص 55 وما بعدها.

688 و689 من. ق.م، و39 من القانون رقم 25/90 المتضمن التوجيه العقاري، و21 و24 من القانون رقم 19/87، و4 من المرسوم التنفيذي رقم 51/90).[1]

فان المال الذي تجوز فيه الشفعة يجب أن يتعلق بالعقار القابل للقسمة، أي البيوع العقارية، من أرض أو دار أو بستان؛[2] فلا تثبت الشفعة عند الجمهور في المنقولات إلا عند الظاهرية؛ وهى تثبت في الأرض المشاعة، وفي الشركة، وفي الجوار الملاصق للعقار المبيع.[3]

وعلى هذا، حكم القضاء بأن حق الشفعة لا يمكن ممارسته إلا إذا تعلق الأمر ببيع عقار؛ وحيث أن المحل التجاري لا يعتبر عقارا بالمفهوم القانوني، إذ أنه يتكون من أموال معنوية. ومن ثم، فإن القرار المطعون فيه لم يخرق أي نص قانوني عندما رفض دعوى المستأجر الطاعن الرامية على ممارسة حق الشفعة في محل تجاري يوجد داخل عقار الذي تم بيعه من قبل المؤجر الأصلي.[4]

ج-أن يكون التصرف من المعاوضات المالية :

أي من التصرفات التي تجيز الأخذ بالشفعة، وهي التصرفات التي تتم بعوض مالي، أي بمقابل، كالبيوع العقارية الرسمية مع قيام السبب الموجب

---

[1]- **انظر قرارات المحكمة العليا**، غ.ع، 2013/05/09، ملف رقم 770511، م.م.ع، 2014، عدد2، ص 291؛ 2000/11/22، ملف رقم 200495، إق.غ.ع، عدد خاص، 2004، ج2، ص216؛ 2004/02/25، ملف رقم 256626، م.ق، 2004، العدد1، ص 213؛2002/04/24، ملف رقم 226275؛ 2002/03/20، ملف رقم 227424؛ 2001/07/26، ملف رقم 198170، المرجع نفسه، ص 223؛ تعليق أ. **بوتارن فايزة**، ص 227؛ 1998/02/25، ملف رقم 150719، إق.غ.ع، عدد خاص، 2004، ج2، ص245؛ تعليق أ. **بوتارن فايزة**، المرجع نفسه، ص 254؛1990/10/21، ملف رقم 73271، م.ق، 1992، العدد1، ص 143؛ 1993/01/27، ملف رقم 100370، المرجع نفسه، 1995، العدد1، ص 107؛ 1991/10/20، ملف رقم 81687.

وراجع للإستزادة: **أحمد رحماني**، تطور نظرية المال العام في قانون الأملاك الوطنية الجزائري، المدرسة الوطنية للإدارة، الجزائر، 2000؛ **بلعموري نادية**، أحكام الأموال العمومية في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2002؛ **شريف حسان**، الأملاك الوطنية الخاصة في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، الجامعة نفسها، 2006.

Voir Rahmani (A), Les biens publics en droit algèrien, Les éditions internationales, Alger , 1996.

[2]- **ابن المنذر**، الإجماع، ط3، 1402ه، ص 95.

[3]- **ابن رشد**، بداية المجتهد، ج2، ص279.

[4]- **المحكمة العليا**، 1999/02/09، ملف رقم 181039، م.ق، 1999، العدد1، ص 159.

لها، وحقوق الشيوع، وحقوق الارتفاق...، بثمنها في المعاوضة المالية ؛ وفقا لمقتضيات المادة 794 من ق.م.[1] سواء كان البيع ناجزا، أو معلقا على شرط واقف أو فاسخ (une vente immobilière). ويجوز الأخذ بالشفعة في البيع القابل للإبطال، لأن هذا البيع نافذ وصحيح حتى يتم إبطاله. **فلا يجوز الأخذ بالشفعة في البيع الباطل، ولا في البيع الصوري** ؛ لأن العقد لا وجود له أصلا، ولا يرتب بالتالي آثارا قانونية حتى يصح الأخذ فيه بالشفعة.[2]

فإذا **انتقل العقار محل الشفعة بغير عوض مالي، فلا يثبت فيه الحق في الأخذ بالشفعة، لأنه لا تثبت الشفعة في التبرعات المالية** ؛[3] كالهبة بدون مقابل، والوصية، والصدقة، والميراث، والوقف ؛[4] ولا تثبت الشفعة أيضا في الإلتصاق والحيازة. وفي ذلك أشارت المادة 3/798 من ق.م بأنه : "لا شفعة إذا كان العقار قد بيع ليكون محل عبادة، أو ليلحق بمحل عبادة".

ومن ثم، **تجوز الشفعة في الهبة بشرط العوض**، لأنها تأخذ حكم البيع،[5] **كما تصح الشفعة إذا كان العقد مبادلة، لأنه تسري على المقايضة أحكام البيع من الناحية القانونية** ؛[6] والمقايضة من عقود المعاوضات وهي تعتبر في حكم البيع وفقا لما نصت عليه المادة 415 من ق.م

---

[1] - د. **بلحاج العربي**، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، المرجع المذكور، ص 180 وما بعدها.

[2] - لأن العقد الباطل ليس له وجود قانوني، فهو إما منعدم بسبب تخلف ركن من اركانه، أو باطل بسبب مخالفة النظام العام والآداب الحميدة ؛ وتحكم المحكمة بزواله، أي بالبطلان ولو من تلقاء نفسها، في أية حالة تكون عليها الدعوى. ومن ثم، إعادة المتعاقدين إلى الحالة كانا عليها قبل التعاقد، ووجب على كل واحد منهما أن يرد ما حصل عليه بمقتضاه (م 103 من ق.م المعدلة عام 2005).
أنظر **المحكمة العليا**، غ.م، 2007/11/21، ملف رقم 391371، م.م.ع، 2008، العدد2، ص 167 ؛ 1997/02/18، ملف رقم 136156، م.ق، 1997، العدد1، ص 10 ؛ تعليق **د. علي فيلالي**، م.ج، 1997، العدد3، ص 715 ؛ 1993/12/22، ملف رقم 106776، م.ج، 1996، العدد1، ص 116 ؛ 1989/07/09، ملف رقم 58829، م.ق، 1991، العدد1، ص 79 ؛ 1983/02/16، ملف رقم 30072، م.ق، 1989، العدد2، ص 37. راجع هنا : **د. بلحاج العربي**، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، مذكور سابقا، فقرة 573 وما بعدها، ص 647 وما بعدها ؛ ولنفس المؤلف: أحكام الإلتزام في القانون المدنى الجزائري، ص 297 وما بعدها.

[3] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2000/01/29، ملف رقم 266295، م.ق، 2003، العدد2، ص 119.

[4] - المادة 1023 من مجلة الأحكام العدلية، و108 من مرشد الحيران.
راجع **ابن قدامة**، المغني، ج5، ص 234 ؛ **ابن رشد**، بداية المجتهد، ج2، ص 280 ؛ **حاشية الدسوقي** على الشرح الكبير، ج3، ص76 ؛ **ابن الهمام**، فتح القدير، ج7، ص 435 ؛ **البهوتي**، كشاف القناع، ج4، ص152 ؛ **ابن حزم**، المحلى، ج9، ص88.

[5] - **الإمام مالك**، الموطأ، ص 507 ؛ المادة 1289 مدني إماراتي ؛ **د. نبيل سعد**، الحقوق العينية، ص 449.

[6] - المادة 465 مدني أردني، و1284 مدني إماراتي، وراجع **تمييز مدني أردني**، 1988/11/06، ملف رقم 88/992، المرجع المذكور، 1990، ص 1789.

(Les dispositions de la vente s'appliquent à l'échange)؛ ويحرر عقد المقايضة المنصبة على عقار وجوبا في الشكل الرسمي الذي يتطلبه القانون.[1]

فإن الشفعة تثبت ولو كان العقد مقايضة، **لأن مفهوم البيع في القانون المدني الجزائري يشمل المقايضة، وفقا لمقتضيات المادة 415 من ق.م**؛ وذلك لأن مبادلة عقار بعقار هو نوع من أنواع البيوع التي تأخذ حكم البيع قانونا. ومن ثم، تجري فيها أحكام الشفعة؛ والثمن الذي يلزم الشفيع بدفعه في هذه الحالة، هو الثمن الذي يمثل قيمة القطعة البديلة وليس قيمة القطعة المشفوعة.

وفي إجتهاد قضائي غير واضح المعالم، لا ينجسم مع أحكام المادة 415 من ق.م، أشارت المحكمة العليا في قرار مؤرخ في 2000/01/29، ملف رقم 266295، جاء فيه بأنه: "من المقرر قانونا أنه لا يمارس حق الشفعة في عقود المقايضة."[2]

وهذا إجتهاد غير صائب في الحقيقة، لا يرتكز على أساس قانوني، لأن **المقايضة تأخذ حكم البيع عملا بمفتضيات المادة 415 من ق.م**؛ وهي بالتالي من المعاوضات، وتجيز قانونا الأخذ بالشفعة بالثمن الحقيقي للعقار المشفوع، وليس بالثمن المذكور في العقد.

وعلى العموم، يشترط قانونا في التصرف الوارد على العقار المشفوع فيه، أن يرد على عقار مملوك، وأن يكون من العقود الصحيحة التي تؤدي إلى خروج العقار من ملك صاحبه، خروجا باتا نهائيا لا خيار فيه؛ كما يجب أن يكون من عقود المعاوضة المالية، كعقد البيع وما في معناه.[3]

سادسا: تزاحم الشفعاء

نصت المادة 796 من ق.م على أنه: "إذا تعدد الشفعاء، يكون إستعمال حق الشفعة، حسب الترتيب المنصوص عليه في الفقرات التالية:

---

[1] - المحكمة العليا، غ.ع، 2002/02/06، ملف رقم 255411، م.م.ع، 2004، العدد1.

[2] - المحكمة العليا، 2000/01/29، ملف رقم 266295، م.ق، 2003، العدد2، ص 119.

[3] - المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ج2، ص 69؛ د. وهبة الزحيلي، الوجيز في الفقه الإسلامي، ص 357.

- إذا كان الشفعاء من طبقة واحدة، استحق كل منهم الشفعة بقدر نصيبه.
- وإذا كان المشتري قد توفرت فيه الشروط التي تجعله شفيعا، بمقتضى المادة 795، فإنه يفضل على الشفعاء من طبقته أو من طبقة أدنى، ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة اعلى".

فالمقصود بالتزاحم وفقا للمادة 796 من ق م هو تعدد الشفعاء، أي توافر سبب الأخذ بالشفعة لأكثر من شفيع ؛ بأن كانوا أكثر من واحد، وقيام الشفعاء جميعا أو بعضهم بطلب حق الشفعة، وكان المشفوع عليه واحدا ؛ ففي هذه المسألة تناول المشرع الجزائري حالتين مهمتين، وذلك كما يلي :

أ- فإذا تزاحم الشفعاء وكانوا من طبقة واحدة :

بأن تساووا في سبب الإستحقاق، كأن يمتلك أربعة إخوة عقارا مملوكا على الشيوع قابلا للقسمة عثلا، فباع أحدهم حصته للغير، أي لشخص أجنبي، وطلب الشركاء الثلاثة الآخرين الأخذ بالشفعة في العقار المشفوع كله، وتوافرت فيهم شروط الأخذ بالشفعة ؛ **فالشركاء الإخوة في هذه الحالة يشتركون في أخذ العقار المشفوع فيه، كل على قدر نصيبه، ولا يكون لأي منهم أفضلية على الآخر، طبقا للمادة 2/796** من ق م، لأنهم كلهم من طبقة واحدة ؛ فيشتركون في الأخذ بالشفعة بالسوية، لأن الجميع شركاء حال ثبوت الشفعة، فيكون العقار بينهم، كما لو ملكوا كلهم بسبب واحد ؛ فكل منهم يكون مستحقا للشفعة بمقدار نصيبه.

فيكون استحقاقهم بقدر أملاكهم، وهو ما سار عليه الجمهور من فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة، إلى أنه يقسم العقار المشفوع بين الشفعاء بقدر الأملاك أو الأنصباء لا بقدر الرؤوس ؛ وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 2/796 من ق.م.[1]

---

[1]- ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص 282 ؛ إبن جزي، القوانين الفقهية، ص 314 ؛ إبن قدامة، المغني، ج5، ص 363 ؛ إبن حزم، المحلى، ج9، ص97. وذكر فقهاء الحنفية بأنه يكون استحقاقهم بقدر رؤوسهم لا بقدر أملاكهم، لأن الشفعة على رؤوس الرجال عند الحنفية ؛ أنظر السرخسي، المبسوط، ج14، ص 97.

فإذا تزاحم الشركاء في الشيوع، فلا يفضل أحد الشركاء على الآخر، فإذا باع أحد الشركاء حصته لأجنبي، جاز لباقي الشركاء في الشيوع طلب الأخذ بالشفعة بقدر نصيب كل منهم في العقار الشائع.

فإذا كان المشتري أحد الشفعاء، وطلب معهم الأخذ بالشفعة، يحسب واحدا منهم، ويقسم المبيع المشفوع بينهم كما لو اشترى أجنبي، وللشركاء مشاركته فيه ما داموا قد تساووا في الشركة.[1]

ولا يترتب على تعدد الشفعاء من طبقة واحدة تجزئة العقار المبيع، بل يجب على كل من الشفعاء إذا أراد الأخذ بالشفعة أن يطلبها في العقار كله ؛ فلا يكون له قانونا أن يطلبها بقدر نصيبه فقط، وذلك حتى لا يتم تجزئة الصفقة على المشتري.

كما أنه لا يؤثر سبب الشيوع على ترتيب الشفعاء وفقا لنص المادة 796 من ق.م، ومن ثم يستوي الشريك في الشيوع عن طريق الإرث مع الشريك في الشيوع عن طريق الشراء ؛ فلا أفضلية لأحدهما على الآخر في التمسك بحق الشفعة.[2]

ب- وأما إذا كان التزاحم بين شفعاء من طبقات مختلفة :

كأن يتزاحم الشفعاء من طبقات متعددة، مع اختلاف أسباب الشركة، **فإنه يكون استعمال حق الشفعة لمن له الأفضلية في الأخذ بالشفعة لمن تكون طبقته أعلى، وفقا للمادة 3/796 من ق.م** ؛ فمن كان في مرتبة أعلى يقدم على من هو في مرتبة أدنى ؛ ويتم تحديد الطبقات وفقا للترتيب القانوني الوارد في المادة 795 من ق.م.

فيقدم الشريك في الشيوع إذا بيع الشيء من العقار الشائع إلى الغير الأجنبي لأن الشريك أقوى وأحق به، ويقدم صاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة لأنه أحق بها وهكذا. **ومن ترك من هؤلاء الشفعة، أو سقط حقه فيها، إنتقلت إلى من يليه في الرتبة.**

1- ابن جزي، القوانين الفقهية، ص 314.
2- **المحكمة العليا**، غ.ع، 2009/07/08، ملف رقم 543584، م.م.ع، 2010، عدد خاص، ج3، ص 334.

فإذا تزاحم الشركاء، وكان مصدر الشيوع بينهم هو الميراث مثلا، فتكون الشفعة بينهم وفقا لمراتبهم ؛ حيث يقدم المشارك في السهم، ثم الوارث ولو عاصبا، ثم الموصى له، ثم الشريك الأجنبي.[1]

ومن المعلوم ههنا كما أشرنا، ضرورة الإشارة إلى مبدأ عدم قابلية الشفعة للتجزئة، **لأن حق الشفعة لا يتجزأ** ؛ فلا يجوز استعماله أو إسقاطه إلا بكامله، كما هو الشأن عند تعدد البائعين. وعلى هذا، لا يجوز للشفيع أن يأخذ بعض المبيع المشفوع دون البعض الآخر، وذلك حتى لا تتفرق الصفقة على المشتري، فيتضرر به زيادة ضرر، ولا ضرر ولا ضرار شرعا ونظاما.[2]

ونلاحظ أنه **إذا تعدد المشفوع عليهم**، وكان الشفيع واحدا، بأن اشترى اثنين أو أكثر نصيب واحد من الشركاء أو الجار ؛ فإن الشفيع بالخيار بين أن يشفع على واحد منهم أو يشفع على الكل، لأن كل واحد منهم يعتبر مشتريا ومنفردا بالعقد، فلا يتوقف الأخذ به على الأخذ بما في العقد الآخر.[3] وقال بعض الفقهاء من المالكية إلى أنه إما يأخذ الكل أو يدع، لأن البائع واحدا فلا يتضرر.[4]

وفي هذا نصت المادة 135 من مرشد الحيران أن: "**الشفعة لا تقبل التجزئة، فليس للشفيع أن يأخذ بعض العقار المشفوع، ويترك بعضه جبرا** على المشتري ؛ إنما إذا تعدد المشترون واتحد البائع، وقبض المبيع منه أو لم يقبضوه ودفعوا له الثمن، فللشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم ويترك الباقي".

سابعا : إجراءات الشفعة

إذا توافرت شروط الأخذ بالشفعة للشفيع، فطالب بها وسلم له المشتري بذلك، تكون الشفعة في هذه الحالة قد تمت بالتراضي، دون

1- المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي، ص 909 و910.

2- ابن قدامة، المغني، ج5، ص 369 ؛ ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص 284 ؛ ابن الهمام، فتح القدير، ج7، ص 450.

3- ابن قدامة، المغني، ج5، ص 364 ؛ ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص 283 ؛ ابن الهمام، فتح القدير، ج7، ص 450 ؛ ابن عابدين، رد المحتار، ج6، ص 246 ؛ الشيرازي، المهذب، ج1، ص 381 ؛ ابن حزم، المحلى، ج9، ص98.

4- حاشية الدسوقي، ج3، ص490.

حاجة إلى إجراءات قضائية ؛ أما إذا لم يسلم المشتري بالشفعة، وجب على الشفيع إتخاذ إجراءات معينة حددها النظام حتى يصل إلى تملك المشفوع فيه بالشفعة بحكم القاضي، وهى كالآتي :

1- **أن يبادر الشفيع بإعلان رغبته في الأخذ بالشفعة**، وهو طلب المواثبة الذي يثبت دون إنتظار بالطلب الفوري في مجلس العلم بقدر الوسع، وأن يشهد على هذا الطلب إن أمكن ذلك، بإنذار رسمي طبقا للمواد 799 و800 و801 من ق.م، دفعا لإنكار الخصم إذا وصل الأمر إلى القضاء، للحديث النبوي الثابت عن الرسول صلى الله عليه وسلم قوله : "**الشفعة لمن واثبها**"[1].

وهذا، بأن يقوم الشفيع بطلب الشفعة على الفور، برفع دعوى الشفعة لدى المحكمة المختصة الكائن في دائرتها العقار المشفوع فيه، في أقرب الأوقات الممكنة، وإلا سقط حقه ؛ **لأن سكوته مع العلم قرينة تدل على رضاء بإسقاطها**.[2] فقد نصت المادة 802 من ق.م، بأنه : "يجب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار، في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة 801، وإلا سقط الحق".

وذلك لأن حق الشفعة إنما يثبت بعد البيع مع قيام السبب الموجب له بتاريخ إقامة دعوى الشفعة،[3] فوجب رفعها **خلال شهر من علم الشفيع ببيع شريكه نصيبه في الفقه الإسلامي** دفعا للضرر بالمشتري (م 802 من ق.م)،[4] ولأن طريق التملك بالشفعة حق ضعيف لثبوته على خلاف القياس كما أشرنا ؛ فوجب تقويته بأن يطلب الشفيع الشفعة فور العلم بالبيع، إذا كان حاضرا أو غائبا[5].

1- الزيلعي، نصب الراية، ج4، ص 173 و176 ؛ الشوكاني، نيل الأوطار، ج5، ص336 ؛ د. عبد الله السلمي، تعليل الأحكام بفساد الزمان، مجلة العدل، الرياض، العدد60، شوال 1434ه، ص 130 و131.

2- د. جبار جميلة، نظام الشفعة في التشريع الجزائري، المقال المذكور، م.م.ع، 2010، ج3، عدد خاص، ص 75.

3- المادة 1021 من مجلة الأحكام العدلية، و1155 مدني اردني، و1289 و1298 مدني إماراتي.

4- تسقط شفعة الشفيع في الفقه الإسلامي إذا ترك طلبها بعد مضي شهر من علم الشفيع ببيع شريكه نصيبه، دفعا للضرر بالمشتري ؛ والشهر هنا هو في حكم الأجل، فمرور شهرا بلا عذر يؤدي إلى سقوط الشفعة دفعا للضرر. أنظر السرخسي، المبسوط، ج14، ص 118.

5- راجع الكاساني، بدائع الصنائع، ج6، ص 2710 ؛ إبن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص285 ؛ إبن قدامة، المغني، ج5، ص324، البهوتي، كشاف القناع، ج4، ص 156 ؛ الشربيني، نهاية المحتاج، ج5، ص202 ؛ الشيرازي، المهذب، ج1، ص379 ؛ إبن حزم، المحلى، ج9، ص61.

ومن ثم، يجب على من يريد الأخذ بالشفعة وفقا لأحكام المواد 799 و800 و801 و802 من ق.م، أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري، في أجل 30 يوما من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إلى كل من البائع والمشتري، وإلا سقط حقه ؛ مبينا في هذا الإنذار العقار المراد أخذه بالشفعة بيانا كافيا، وبيان الثمن والمصاريف الرسمية، وشروط البيع، وإسم كل من البائع والمشتري ولقبه ومهنته وموطنه، والأجل الذي قدره 30 يوما للإعلان المنصوص عليه في المادة 799 من ق.م ؛ وكذا وضرورة إيداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق طبقا للمادة 2/801 من ق.م ؛ **وإلا سقط حقه في الشفعة نهائيا في حالة فوات الأجل المذكور.**[1] ومن ثم، ينجر قانونا عن عدم تبليغ إعلان الرغبة رفض دعوى الشفعة طبقا لأحكام المادة 801 ق.م.[2]

فقد قضت المحكمة العليا في إجتهاداتها المشهورة بأنه : على من **يريد الأخذ بالشفعة، أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري، في أجل 30 يوما من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري، وإلا سقط حقه نهائيا** ؛ وهو حكم من النظام العام، مما لا يمكن معه تكرار الدعوى لفوات الأجل.[3]

وعلى كل حال، وطبقا لمقتضيات المادة 2/807 من ق.م، فإن الحق **في الشفعة يسقط إذا مرت سنة من يوم تسجيل عقد البيع،** في الأحوال التي نص عليها القانون.[4]

---

[1] - المادة 801 و802 من ق.م.

[2] - **"إن القضاء برفض دعوى ممارسة حق الشفعة، لعدم تبليغ الطاعنين في الشفعة، كما تشترطه المادة 801 من ق.م تحت طائلة البطلان، وإكتفائهم في قضية الحال بوضع ثمن البيع والمصاريف لدى الموثق، يعد تطبيقا سليما للقانون. ومن ثم، فإن الطعن غير مؤسس مما يستوجب رفضه."**
راجع **المحكمة العليا**، غ.ع، 2002/09/12، ملف رقم 406629، إ.ق.غ.ع، 2010، عدد خاص، ج3، ص 330 ؛ 2000/05/31، ملف رقم 194391، إ.ق.غ.ع، 2004، عدد خاص، ج1، ص 233 ؛ تعليق أ. **بوتارن فايزة**، المرجع نفسه، ص 238.

[3] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2002/09/12، ملف رقم 406629، المشار إليه، ص 330 ؛ 2000/05/31، ملف رقم 194391، إ.ق.غ.ع، 2004، عدد خاص، ج1، ص 233 ؛ 2000/05/31، ملف رقم 391194، غير منشور ؛ 1999/06/16، ملف رقم 196433، غير منشور ؛ 1999/10/27، ملف رقم 190693، م.ق، 2001، ص 249 ؛ 1990/04/30، ملف رقم 64331، م.ق، 1991، العدد2، ص 30 ؛ 1985/06/26، ملف رقم 34707، غير منشور.

[4] - **المحكمة العليا**، غ.م، 1990/04/30، ملف رقم 64331، م.ق، 1991، العدد2، ص 28 وما بعدها ؛ 1987/02/23، ملف رقم 44804، المرجع نفسه، 1990، العدد4، ص 47 ؛ 1985/06/26، ملف رقم 34707، غير منشور.

وهذه المدة ميعاد سقوط، وليست مدة تقادم،[1] وبالتالي لا يرد عليها وقف ولا انقطاع ؛[2] والغاية من هذه المهلة القصيرة هي المحافظة على الاستقرار في المعاملات، وعدم إبقاء المشتري في حالة من التارجح وفقا لمزاج من تتوافر فيه شروط الشفعة مدة طويلة.[3] فإذ ادعى من يريد الأخذ بالشفعة بالعذر الشرعي، فلقاضي الموضوع أن يحلفه يمينا، بأنه لم يسقط شفعته بأي وجه من الوجوه.[4]

ويجب أن يكون التصريح بإعلان الرغبة في الشفعة بعقد رسمي يحرره الموثق، **يتم إعلانه عن طريق كتابة الضبط**، وإلا كان هذا التصريح باطلا،[5] ولا يحتج بالتصريح ضد الغير إلا إذا كان مسجلا، أي بمعنى مشهرا ؛ ومن ثم لا حجية لتصريح الرغبة في الشفعة غير مسجل ومشهر.[6] ومن ثم، فإن التصريح بالرغبة في الشفعة المحرر من طرف الموثق، غير المشهر طبقا لأحكام المادتين 793 و801 من ق.م، **هو تصريح باطل مخالف للقانون**.[7]

من المقرر قانونا أن طلب التصريح بالرغبة في الشفعة يعد سند ملكية" ؛ **المحكمة العليا**، غ.ع، 2011/10/13، ملف رقم 683702، م.م.ع، 2012، العدد1، ص 193 ؛ :" ولا حجية لتصريح بالرغبة في الشفعة غير مسجل ومشهر." **المحكمة العليا**، غ.ع، 2012/02/09، ملف رقم 698546، م.م.ع، 2012، العدد2، ص 381.

[1] وقد جعلتها بعض القوانين المدنية العربية خلال شهرين من تاريخ علم الشفيع بالبيع، كالمادة 1298 مدني إماراتي ؛ وبعضها خمسة عشر يوما من تاريخ الإنذار الذي يوجهه الشفيع إلى المشتري أو البائع وإلا سقط حقه، كالمادة 948 مدني مصري. **نقض مدني مصري**، 1991/03/20، طعن رقم 717، س55ق ؛ 1980/02/21، مج س، ص 583.

[2] - راجع د. **محمد سوار**، الحقوق العينية الأصلية، أسباب كسب الملكية، ص 192 ؛ **د. عبد المنعم الصده**، الحقوق العينية الأصلية، ص 438 و441 ؛ **د. رمضان أبو السعود**، الوسيط في الحقوق العينية الأصلية، ص 338.

[3] - **د. محمد قاسم**، موجز الحقوق العينية الأصلية، ص 294 295.

[4] - تمييز مدني أردني، ملف رقم 98/2088، المرجع المذكور، 1999، ص 2251.

[5] - المادة 801 و807 من ق.م. **المحكمة العليا**، غ.ع، 2000/05/31، ملف رقم 194391، إ.ق.غ.ع، 2004، عدد خاص، ج1، ص 233.

[6] - إستقر إجتهاد المحكمة العليا في مجال الشفعة، على أن مصطلح التسجيل، مستعمل كذلك في بعض مواد القانون المدني بمعنى مصطلح الإشهار ؛ وأنه لا حجية لتصريح بالرغبة في الشفعة، غير مسجل ومشهر (م 801 و807 من ق.م).

راجع **المحكمة العليا**، غ.ع، 2012/02/09، ملف رقم 698546، المشار إليه ؛ 2000/05/31، ملف رقم 391194 ؛ 1999/10/27، ملف رقم 190693.

[7] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2014/07/10، ملف رقم 859091، م.م.ع، 2014، العدد2، ص 323.

ولا يستوجب القانون الجزائري، شهر عريضة الدعوى القضائية الرامية إلى إثبات الحق في بالأخذ الشفعة وشروط ممارستها ؛ إذ لا تدخل دعوى الشفعة ضمن الدعاوى الواجب شهر عريضتها، المعددة في المادة 85 من المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25، والمادة 17 و519 من القانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن ق.إ.م.إ.

وهو ما قضت به الغرفة العقارية لدى المحكمة العليا في قرار حديث مؤرخ في2013/07/11، ملف رقم 783143، من أن : "**دعوى الأخذ بالشفعة، وشروط ممارستها، لا ترمي إلى النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض، حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها** ؛ وبالتالي فإن حلول الشفيع محل المشتري، في حالة تثبيت حق الشفعة، ليس من طبيعته التأثير في فحوى العقد المشهر، ومن هنا، فإن قضاة الموضوع أخطأوا في تطبيق، مما يعرض قرارهم للنقض"[1].

غير أنه يجب وفقا لمقتضيات المادة 802 من ق.م، **رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة المختصة، الواقع في دائرتها العقار المشفوع به، في أجل 30 يوما من تاريخ الإعلان**، المنصوص عليه في المادة 801 من ق.م، **وإلا سقط حقه قانونا في الأخذ بالشفعة.**

ويجب وفقا لأحكام المادة 2/801 من ق.م، **على من يريد الأخذ بالشفعة أن يودع ثمن المبيع والمصاريف لدى الموثق**، من رسوم التوثيق والتسجيل والشهر في المحافظة العقارية لدى الموثق، خلال 30 يوما على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة، بشرط أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة أمام المحكمة المختصة، وإلا سقط الحق في الشفعة.

2- وفي جميع الأحوال، تسقط الشفعة قانونا، أي **لا تسمع دعوى الشفعة، بعد مرور المدة الزمنية القانونية المقررة**، من يوم تسجيل عقد البيع بين المشتري والغير، وهي سنة من يوم تسجيل عقد البيع وفقا للمادة 807 من ق.م.

---

[1] - المحكمة العليا، غ.ع، 2013/07/11، ملف رقم 783143، م.م.ع، 2014، العدد1، ص 346؛ 2000/04/26، ملف رقم 194437، غير منشور.

وقد حدد فقهاء المالكية أجل سقوط دعوى الشفعة بمدة سنة من يوم العلم بالبيع، وهو المشهور في مذهبهم، ما لم يحدث المشتري بناء أو غرسا أو تغييرا بمعرفة الشفيع، وهو حاضر عالم ساكت.[1]

3- والمحكمة المختصة محليا بنظر دعوى الشفعة وفقا للمادة 802 من ق.م، هي المحكمة الواقع في إقليمها العقار المشفوع ؛ بأن ترفع الدعوى في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإعلان، المنصوص عليه قانونا في المادة 801 من ق.م، وإلا سقط الحق في الشفعة ؛[2] ويجب إيداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق، خلال 30 يوما على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة ؛ بشرط أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة، فإن لم يتم هذا الإيداع في هذا الأجل، سقط الحق في الشفعة (م 2/801 من ق.م).

فإن مقتضيات المادة 801 و802 من ق.م، تتضمنان إجراءا جوهريا يتعلق بالتصريح بالرغبة في الشفعة، بموجب عقد رسمي، وتبليغ هذا العقد تحت طائلة البطلان، ويسري أجل سقوط الدعوى القضائية المنصوص عليه في المادة 802 من ق.م إبتداء من تاريخ تبليغ المحرر الذي يتضمن التصريح بالرغبة في الشفعة للبائع والمشتري.[3]

ويعتبر الحكم القضائي الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة، طبقا للمادة 803 من ق.م، سندا قانونيا لملكية الشفيع، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل وبالشهر العقاري.

4- وتسقط دعوى الشفعة في القانون المدني الجزائري (Déchéance du droit de chefaa) في الحالات الآتية :

أ- إذا تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة، صراحة أو ضمنا، ولو قبل البيع (م 1/807 من ق.م) ؛ فإنه يجوز للشفيع التنازل عن الحق في الشفعة،

1- إبن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص285 ؛ إبن جزي، القوانين الفقهية، ص 313.

2- من المقرر قانونا أنه يجب ان ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري، أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار، في أجل **30** يوما من تاريخ الإعلان وإلا سقط الحق طبقا للمادة **801** من ق.م."
راجع المحكمة العليا، غ.ع، 1999/10/27، ملف رقم 190693، م.ق، 2001، العدد2، ص249 ؛ إق.غ.ع، م.م.ع، عدد خاص، 2004، ج2، ص 227.

3- أ. بوتارن فايزة، تعليق على قرار المحكمة العليا رقم 190693 الصادر بتاريخ 1999/10/27، إق.غ.ع، 2004، ج1، ص231.

إلا أن إثبات هذا التنازل يخضع للقواعد العامة في الإثبات التي تستوجب الكتابة بالنظر إلى قيمة العقار محل الشفعة.[1]

فقد نصت المادة 1/807 من ق.م صراحة، على أنه : **لا يمارس حق الشفعة إذا تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة**، ولو قبل البيع ؛ كما أشارت المادة 1024 من مجلة الأحكام العدلية، على أنه : "**يجب لثبوت الشفعة الا يكون الشفيع قد رضي بالبيع صراحة أو دلالة**."

ب- إذا تم بيع العقار المشفوع فيه بالمزاد العلني، وفقا لأحكام المادة 1/798 من ق.م، وفقا للإجراءات المنصوص عليها قانونا، في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ج- إذا مرت سنة من تاريخ تسجيل عقد البيع، وفقا لمقتضيات المادة 2/807 من ق.م، **لأن تسجيل البيع يعد بمثابة تسليم المبيع للمشتري من الناحية القانونية** ؛[2] وتحسب هذه المدة من تاريخ العلم بتسجيل البيع لدى دائرة التسجيل، ولا يشترط ههنا العلم بالثمن الذي تم به البيع.[3]

د- إذا وقع البيع بين الأصول والفروع، أو بين الزوجين، أو بين الأقارب حتى الدرجة الرابعة، أو بين الأصهار حتى الدرجة الثانية، وفقا للمادة 2/798 من ق.م، في حال تحويل الملك فيما بينهم.

فلا يجوز تبعا لذلك، ممارسة دعوى الشفعة في البيع الحاصل بين الإخوة بشكل مباشر، ويعتبر الأب والإبن والزوج والزوجة، والأقارب لغاية الدرجة الرابعة، بمثابة العائلة الواحدة طبقا لأحكام المادة 2/798 من ق.م.[4]

---

[1]- **المحكمة العليا**، غ.ع، 2010/09/16، ملف رقم 617998، م.م.ع، 2010، العدد2، ص 236.

[2]- من المقرر قانونا وفقا للمادة 2/807 من ق.م، أن الحق في الشفعة يسقط إذا مرت سنة، من يوم تسجيل عقد البيع.

المحكمة العليا، غ.م، 1987/02/23، ملف رقم 44804، المرجع نفسه، 1990، العدد4، ص 47.

[3]- **تمييز مدني أردني**، 1997/12/11، رقم 92/2111، 1998، ص 243 ؛ 1990/10/06، ملف رقم 90/875، 1990، ص 2343.

[4]- **من المقرر قانونا أنه لا شفعة إن وقع البيع بين الأصول والفروع، أو بين الزوجين، أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة.**

هـ- إذا كان العقار المشفوع قد بيع ليكون محلا للعبادة، أو ليلحق بمحل عبادة، وفقا لمقتضيات المادة 3/798 من ق.م.

و- مخالفة الرسمية في التصريح بالرغبة في الشفعة وفقا للمادة 801 من ق.م، وكذا مخالفة الأحكام المتعلقة برفع الشفعة طبقا للمادة 802 من ق.م ؛ كما أنه يسقط الحق في الشفعة عند عدم الإنذار، وعدم تسجيل البيع بمضي خمس عشرة سنة على البيع، دون إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ؛ كما أنه تسقط الشفعة عند عدم قيام الشفيع بإيداع ثمن البيع لدى الموثق بحسب أحكام المادة 801 من ق.م

ونلاحظ بأنه ينتقل حق الشفعة عند وفاة الشفيع إلى خلفه العام، من ورثته الشرعيين، إذا كان هذا الأخير توفى، وكان قد أعلن عن رغبته في الأخذ بالشفعة، ولكن قبل رفع الدعوى ؛[1] فإذا ثبتت الشفعة، فلا تبطل بموت الشفيع أو موت البائع أو المشتري.[2]

فإن الرأي السائد لدى جمهور الفقهاء في الفقه الإسلامي، أن حق الشفيع في الأخذ بالشفعة لا يسقط بموته، بل ينتقل إلى الورثة بانتقال العقار المشفوع به، لأن الشفعة تلازم العقار المشفوع به، فتنتقل معه إلى الورثة ؛ فهي لم تتقرر للمورث لشخصه، بل بوصفه مالكا للعقار محل الشفعة أو صاحب حق عليه.[3]

ثامنا : آثار الشفعة

تظهر آثار الشفعة في القانون المدني الجزائري (Les effets de la chefaa) من خلال الأحكام القانونية المهمة التالية :

انظر المحكمة العليا، غ.ع، 2000/03/29، ملف رقم 196675، إ.ق.غ.ع، 2004، عدد خاص، ج1، ص 251 ؛ تمييز مدني لبناني، 1998/02/26، رقم 16، ت.ق.م، 1998، ص 269.

[1] - الشيخ علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، ص 283 ؛ د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 9، ص 458.

[2] - نقض مدني مصري، 1957/03/07، م.ق.م.ن، ج8، ص287.

[3] - أ. أحمد خالدي، الشفعة، المرجع السابق، ص 276 ؛ د. بلحاج العربي، أحكام التركات والمواريث في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد، المرجع المذكور، ص 82 وما بعدها.

أ- إنتقال ملكية العقار إلى الشفيع.

ب- حق الشفيع في الضمان.

ج- تصرفات المشتري في العقار المشفوع فيه.

أ- إنتقال ملكية العقار إلى الشفيع :

نصت المادة 804 من ق.م، بأنه : "**يحل الشفيع بالنسبة إلى البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته**، إلا أنه لا يمكن له الإنتفاع بالأجل المضروب للمشتري عن دفع الثمن إلا برضا البائع، ولا يرجع الشفيع على البائع إذا ما استرد الغير العقار بعد الشفعة."

ومقتضى هذه المادة، أن الأثر القانوني الجوهري الذي يترتب على ثبوت حق الشفعة في القانون المدني الجزائري، هو**تملك الشفيع العقار المشفوع فيه بالثمن المسمى في العقد**، مع مراعاة قواعد التسجيل العيني والشهر العقاري، لأن **الشفعة سبب من أسباب كسب الملكية** (م 794 إلى 807 من ق.م) ؛ بأن **يحل الشفيع محل المشترى في عقد البيع في جميع حقوقه والتزاماته**. وهو ما ينشئ علاقة قانونية بين الشفيع والبائع، تكمن أساسا في الإلتزامات القانونية التي يتحملها هذا الأخير من ضرورة تسليم العقار المشفوع فيه، وضمان العيوب الخفية ؛ في حين يلتزم الشفيع بتسلم العقار المشفوع فيه، ودفع الثمن والمصاريف.[1]

ومن ثم، انتقال ملكية العقار المبيع المشفوع إلى الشفيع، بالثمن المذكور في العقد، ولو بالوسائل الجبرية بمقتضى الحكم قضائي ؛[2] لأن الحكم الصادر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سندا قانونيا لملكية الشفيع، لأن الشفعة من طرق إكتساب الملكية (م 794 و803 و804 من ق.م). فيستحق الشفيع العقار المشفوع

---

[1]- يثبت الملك للشفيع في البيع بقضاء المحكمة، أو بتسليمه من المشتري بالتراضي، مع مراعاة قواعد التسجيل والشهر العقاري. أنظر المادة 803 و804 من ق.م.
راجع **المحكمة العليا**، غ.ع، 2010/09/16، ملف رقم 617998، المشار إليه، ص 236 ؛ **تمييز مدني أردني**، ملف رقم 1284، 1997، ص 160 ؛ ملف رقم 75/184، 1976، ص 228.

[2]- يترتب على الشفعة تملك الشفيع للعقار المشفوع فيه، ومن ثم حلول الشفيع محل المشتري في البيع بقضاء المحكمة أو بالتراضي، وليس بطلان عقد البيع.
انظر **المحكمة العليا**، غ.ع، 2011/10/13، ملف رقم 683702، م.م.ع، 2012، العدد1، ص 193 ؛ **تمييز مدني أردني**، ملف رقم 1284، 1997، ص 160.

فيه بالبيع، بالثمن الذي بيعت به للمشتري ؛ ولا يمكن للشفيع الإستفادة من الأجل المضروب للمشتري عن دفع الثمن إلا بموافقة البائع.[1]

ويلزم الشفيع بدفع كامل النفقات والمصاريف، وجميع رسوم التسجيل، وعمولة السمسرة المرخصة التي تكبدها المشتري، في سبيل شراء العقار المشفوع فيه، طالما ثبت بالبينة قيامه بدفعها.[2]

وهذا هو الهدف الأساسي والنهائي للشفعة كسب من أسباب كسب الملكية، لدفع الضرر عن الشفيع، فإذا لم يكن لهذا الأخير ملك للرقبة سابق على البيع ؛ فلا ضرر عليه، فلا شفعة قانونا.[3] كما أنه إذا تم فسخ البيع، وعاد العقار المبيع إلى البائع، زال الضرر الذي قصد الشفيع تحاشيه بالتملك.[4]

ومن هذا المنطلق، فإن الشفعة وإن كانت من أسباب التملك، غير أن السند القانوني المنشئ للملكية فيها : إما أن يكون بالتراضي مع المشتري،[5] لأن الأخذ بتسليم هذا الأخير ببدل يبدله الشفيع والثمن يفسر

---

[1]- فإذا أدى الشفيع الثمن المسمى للبائع سقط الثمن عن المشتري، وإن أداه للمشتري فليس للبائع أن يطالب المشتري به قبل حلول الأجل المتفق عليه ؛ وقد ذكر المالكية بجواز إستفادة الشفيع من تأجيل الثمن الذي تم به العقد بين البائع والمشتري. أنظر **الإمام مالك**، الموطأ، ص 508 ؛ **د. وهبة الزحيلي**، الوجيز في الفقه الإسلامي، ص 361.

أنظر المادة 127 من مرشد الحيران ؛ **إبن قدامة**، المغني، ج5، ص 350 ؛ **إبن رشد**، بداية المجتهد، ج2، ص 281 ؛ **إبن حزم**، المحلى، ج9، ص 95.

[2]- المادة 801 مدني جزائري، و1163 مدني أردني.

يلزم الشفيع بدفع الثمن والنفقات وكامل رسوم التسجيل التي تكبدها المشتري في سبيل شراء العقار وتسجيله. أنظر **تمييز مدني أردني**، 1993/10/23، رقم 93/1133، 1994، ص 203 ؛ 1997/12/11، ملف رقم 97/2111، 1998، ص 243 ؛ رقم 93/3111، 2001، ص 1597.

[3]- ومن ثم، يشترط لإستحقاق الشفعة أن يكون سبب الإستحقاق للشفعة موجودا قبل البيع، بأن يكون للشفيع ملك للرقبة سابق على البيع، لأن الشفعة تثبت لدفع الضرر عن الشريك ؛ فإذا لم يكن له ملك سابق وقت البيع، فلا ضرر عليه، فلا شفعة له.

راجع المادة 1018 من مجلة الأحكام العدلية ؛ **إبن قدامة**، المغني، ج5، ص 329 ؛ **البهوتي**، كشاف القناع، ج4، ص 169 ؛ **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، ج3، ص 484. **د. محمد جاب الله**، أحكام الشفعة في الشريعة الإسلامية، ص 95 وما بعدها.

[4]- **د. محمد سوار**، الحقوق العينية الأصلية، أسباب كسب الملكية، ص 176 ؛ **تمييز مدني أردني**، 1988/02/16، ملف رقم 88/5، 1990، ص 1057.

[5]- وإن كان القانون لا يلزم الشفيع قبل اللجوء إلى القضاء مراجعة المشتري لغرض تملك العقار الشفوع فيه بالتراضي معه. **تمييز مدني أردني**، 1990/11/27، رقم 90/541، 1991، ص 610.

الشراء والشراء تملك ؛ وإما أن يكون بقضاء القاضي،[1] وهو الحكم القضائي الذي يصدر لمصلحة الشفيع الذي لا يمكن أن يكون مالكا أو يدعي ثبوت الملك قبل صدور الحكم له بأحقيته لتملك العقار المبيع بالشفعة.[2] فيكون للحكم الصادر بدعوى الشفعة مفعول المبيع، فهو ينقل ملكية العقار المتنازع فيه إلى الشفيع، وفي نفس الوقت ملكية المشفوع منه للمبلغ الذي يمثل الثمن، ويعطي لهذا الأخير الحق بقبضه حالا.[3]

فإذا حكم القاضي بالشفعة ينتقض البيع الذي كان بين البائع والمشتري، وينعقد للشفيع بيعآخر، كأنه كان من البائع إيجابان أحدهما مع المشتري والآخر مع الشفيع.[4] ومن ثم، فإن **تملك العقار قضاء كان أو رضاء، يعتبر شراء جديدا في حق الشفيع، ينشأ بمجرد تمام البيع**، فله خيار الرؤية والعيب، وإن اشترط المشتري مع بائعه البراء منها."[5]

وعلى هذا يخرج المشترى الأجنبي من العلاقة التعاقدية، ويصبح الشفيع طرفا في عقد البيع، ويكسب حقه من البائع ؛ **وتصبح العلاقة بين الشفيع والبائع بحكم القانون**. ومن ثم يلتزم الشفيع قانونا بدفع الثمن المذكور في العقد، مع مصاريف ونفقات رسوم التسجيل ونقل الملكية ؛ **بأن يودع الشفيع الثمن المسمى في العقد** الذي حصل به البيع للأجنبي والمصروفات بين يدي الموثق خلال 30 يوما على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة، بشرط أن يتم هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة طبقا للمادة 801 من ق.م ؛ ووجب على الغير المشتري تسليم العقار المشفوع فيه إلى الشفيع، بعد ثبوت الشفعة للشفيع، وفقا **لحق الشفيع في تسلم العقار المشفوع فيه**.

فيكون الشفيع الراغب في الشفعة والحلول محل المشتري في العقار المبيع، ملزما قانونا بدفع الثمن الحقيقي المسمى في عقد البيع سبب

---

[1]-نصت المادة 1036 من مجلة الأحكام العدلية على أنه:" يكون الشفيع مالكا للمشفوع بتسليمه بالتراضي مع المشتري أو بقضاء القاضي."

[2]- نقض مدني مصري، 1954/12/16، م.ق.م، قاعدة 145، ص 645.

[3]- المحكمة العليا، غ.ع، 2011/10/13، ملف رقم 683702، المشار إليه.

[4]- الكاساني، بدائع الصنائع، ج6، ص2724 إلى 2726 ؛ **إبن عابدين**، رد المحتار، ج6، ص216 ؛ د. محمد جاب الله، المرجع المذكور، ص 107 وما بعدها.

[5]- المادة 1007 و1021 من مجلة الأحكام العدلية، و126 من مرشد الحيران ؛ و1155 و1165 مدني أردني ؛ وعكس ذلك ما جاء في المادة 945 مدني مصري، و1142 مدني عراقي.

الشفعة، وليس الثمن الوارد في عقد الإعتراف بالدين.[1] فلا يحتج على الشفيع باعتباره من الغير بالنسبة لطرفي عقد البيع سبب الشفعة، إلا بالثمن الوارد في عقد البيع محل الشفعة، ولو كان ثمنا صوريا، ما لم يثبت خلاف ذلك بالطرق القانونية.[2]

فإذا اختلف المشتري والشفيع في مبلغ الثمن، فقال المشتري إشتريت العقار المشفوع بمليون ريال وقال الشفيع بل اشتريته بخمسمائة ألف فقط تفصل المحكمة في النزاع المتعلق بالثمن الحقيقي ؛[3] **فالقول عند الإختلاف في الثمن قول المشتري بلا يمين، إلا أن تكون للشفيع بينة.** وقال بعض الفقه الإسلامي إلى أن القول قول المنكر مع يمينه ؛ وقال البعض الآخر القول قول الشفيع، لأن المشتري قد أقر له بوجود الشفعة وادعى عليه مقدارا من الثمن لم يعترف له به.[4]

فإذا قدر الشفيع (وهو صاحب الحق في أخذ العقار بالشفعة)، أن الثمن المذكور في عقد البيع المبرم بين البائع والمشتري صوريا أو كاذبا أو مبالغا فيه، ؛[5] جاز له عندئذ إثبات الصورية في هذه الحالة أثناء نظر دعوى الشفعة أمام المحكمة المختصة، مع إحتمال أن يكون هناك غش أو إحتيال أو تواطؤ لمنع الشفيع من المطالبة بحقه في الشفعة ؛ وجاز له طلب إخراج الخبرة لتحديد قيمة العقار المشفوع فيه الحقيقية ؛ وللقاضي

---

[1] - في حالة الإدعاء بأن الثمن المذكور في عقد البيع يزيد عن الثمن الحقيقي، فعلى المحكمة التي تنظر في دعوى الشفعة الفصل في النزاع، وتقدير المبلغ الواجب إيداعه أو تقديم الكفالة به. المادة 794 مدني جزائري ؛ **المحكمة العليا**، غ.ع، 2007/01/17، ملف رقم 383114، م.م.ع، 2007، العدد2، ص 389 ؛ **تمييز مدني أردني**، 1997/03/12، رقم 97/250، م.ن.م، 1997، ص 2781 ؛ 1996/10/17، رقم 96/1634، 1997، ص 3028 ؛ 1989/03/22، رقم 98/264، 1990، ص2212.

[2] - **تمييز مدني أردني**، 1996/10/17، رقم 96/1634، 1997، ص 3028 ؛ **المحكمة العليا**، غ.ع، 2010/09/16، ملف رقم 617998، المشار إليه، ص 236.

[3] - **د. محمد الجندي**، الشفعة في القانون المدني الأردني، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة 9، العدد2، ص 206 وما بعدها.

[4] - **ابن رشد**، بداية المجتهد، ج2، ص 387 ؛ **حاشية الدسوقي** على الشرح الكبير، ج3، ص 266 ؛ **إبن الهمام**، فتح القدير، ج7، ص 224.

[5] - **د. بلحاج العربي**، أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، مذكور سابقا، ص 295 و296 و297 وما بعدها.

صلاحية تقدير الثمن الواجب إيداعه عند الإختلاف عليه بين المشتري وصاحب حق الشفعة.[1]

وعلى هذا، فإن منازعة الشفيع المتعلقة بالثمن، وكذا حقه في إثبات صوريته، يجب أن يرفع النزاع في دعوى الشفعة نفسها ؛ بأن يثبت صحة هذا الإدعاء، ويقدم الإثبات على صورية الثمن المذكور في عقد البيع، ولو بالبينة والقرائن ؛[2] فلا يجوز له أن يقيم دعوى جديدة للنظر في هذه المسألة لسبق الفصل فيها، وخاصة إذا كان الحكم قد اكتسب الدرجة القطعية.[3]

ومن المعلوم أن القانون رقم 19/97 المؤرخ في 1997/12/08 المتضمن ضبط كيفية إستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية، وكذا القانون رقم 25/90 الصادر بتاريخ 1990/11/18 المتضمن التوجيه العقاري، المعدل والمتمم بالأمر رقم 26/95 المؤرخ في 1995/09/25، قد ورد بهما بعض آثار الشفعة الثابتة للدولة عندما تطالب الأخذ بها للمحافظة على الأراضي الفلاحية، نذكر منها على الخصوص ما يلي :

أ- **إنتقال حق الإنتفاع من المستفيد المتنازل عن حقه إلى الدولة**، فتصبح هذه الأخيرة مالكة للأرض ملكية تامة في الحصة التي كانت محل بيع من طرف المستفيد، ومالكة للرقبة بالنسبة لبقية الحصص غير المتنازل عنها.

ب- **تؤدي الشفعة إلى كسب ملكية الأرض التابعة للخواص**، باعتبارها أراضي فلاحية خصبة أو خصبة جدا، رغم أن الدولة في هذه الحالة ليست من أصحاب المراتب المحددين بمقتضيات المادة 795 من ق.م ؛ وهذا قصد المحافظة على الأراضي الفلاحية الخصبة أو الخصبة جدا.

---

[1] تمييز مدني اردني، 1996/10/17، رقم 96/1634، 1997، ص 3028 ؛ 1989/03/22، رقم 98/264، 1990، ص2212، المشار إليها.

[2] - تمييز مدني اردني، 1988/05/29، رقم 88/306، م.ن.م، 1990، ص 1415 ؛ 1986/06/16، رقم 86/475، 1986، ص 2075.

[3] - تمييز مدني اردني، 1997/03/12، رقم 97/250، م.ن.م، 1997، ص 2781 ؛ وكذا ملف رقم 94/1284، 1997، ص 160.

ب- حق الشفيع في الضمان

إن الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة، يعتبر سندا قانونيا لملكية الشفيع، باعتباره سببا لكسب الملكية العقارية ؛ فإن الحكم القضائي الصادر بدعوى الشفعة له مفعول المبيع، فهو ينقل ملكية العقار المتنازع فيه إلى الشفيع ؛ وفي نفس الوقت ملكية المشفوع منه للمبلغ المودع الذي يمثل الثمن ويعطي هذا الأخير الحق بقبضه حالا.

ونظرا لأن ملكية العقار لا تنتقل شرعا إلا بالتسجيل العيني في النظام السعودي، وجب على الشفيع ضرورة تسجيل الحكم الصادر بثبوت الشفعة لدى مصالح التسجيل العيني العقاري، الذي يخول له حق الحلول محل الغير المشتري في جميع حقوقه وإلتزاماته ؛ ومن ثم استحقاقه لملكية العقار المشفوع فيه وثماره وغلاته من يوم الحكم له بالشفعة.[1]

فقد نصت المادة 12 من الأمر رقم 91/70 المدرج مضمونها في المادة 324 مكرر من ق.م، المؤكدة بموجب القانون رقم 02/06 المتضمن تنظيم مهنة الموثق ؛ وكذا المادة 16 من الأمر رقم 74/75، والمادة 29 من قانون التوجيه العقاري على أنه : **تقيد الحقوق العقارية في السجل العيني العقاري، إذا كانت قد نشأت أو تقررت بسبب من أسباب اكتساب الملكية العقارية**، على النحو التي تقرره أحكام القانون (وهي العقود التوثيقية المتضمنة نقل الملكية)، التي تستلزم وجوبا الشكل الرسمي تحت طائلة البطلان ؛ **فلا تنتقل الملكية العقارية بين المتعاقدين، ولا في حق الغير إلا بإستيفاء إجراءات التسجيل، مع مراعاة قواعد الشهر العقاري.**[2]

ج- تصرفات المشتري في العقار المشفوع فيه

وهي التصرفات المادية المتعلقة أساسا بقيام المشتري بزيادة شيء في العقار المشفوع فيه من ماله، من بناء أو غرس ؛ وكذا التصرفات القانونية

---

[1]- المحكمة العليا، غ.ع، 2000/04/26، ملف رقم 194437، م.ق، عدد1، ص 156.

[2]- المحكمة العليا، غ.ع، 2009/11/12، ملف رقم 549408، م.م.ع، عدد خاص، 2010، ج3، ص 231 ؛ 2004/04/21، ملف رقم 274325، م.م.ع، 2004، العدد2، ص 287 ؛ 2000/06/28، ملف رقم 197347، م.م.ع، عدد خاص، 2004، ج2، ص 258.

التي يجريها على هذا العقار ؛ ويشير القانون المدني الجزائري في هذا الموضوع إلى حكم التصرفات المادية التي قد يقيمها المشتري في العقار المشفوع (م 805 من ق.م)، وكذا إلى حكم التصرفات القانونية التي قد يجريها المشتري (م 806 من ق.م) ؛ وهو ما نعالجه فيما يلي :

1- حكم التصرفات المادية

وهي التصرفات التي أقامها المشتري في العقار المشفوع فيه، من الأبنية والمنشآت والأشجار والغراس، وهي من المحدثات أو الزيادات ؛ وهي في الحقيقة بمثابة زيادة في قيمة العقار محل الشفعة بفعل مال المشتري ومساهمته ؛ فهنا يفرق القانون المدني الجزائري بين حالتين مهمتين :

أ- إذا كان ما أحدثه المشتري في المشفوع فيه من البناء أو الغراس، قد تم قبل إعلان الشفيع عن رغبته في الشفعة :

كان الشفيع في هذه الحالة وفقا للمادة 805 من ق.م ملزما بتعويض المشترى، عما أنفقه من نفقات ومصاريف، بدفع مقدار ما زاد في قيمة العقار المشفوع فيه، وفقا لقواعد الإثراء (م 141 من ق.م)، لأنه في الواقع بنى في ملكه ومن ماله.

وهو الراجح لدى فقهاء الشريعة الإسلامية من أن المشتري يكون حسن النية في هذه الحالة، فلا يأخذ الشفيع إلا إذا دفع قيمة الزيادة من البناء والغراس وما يشبهه في العقار المشفوع فيه للمشتري، قبل قيام الشفيع بطلب شفعته، لأنه لا ضرر ولا ضرار ؛[1] فعلى الشفيع إما أن يترك الشفعة، وإما أن يتملك العقار المشفوع بثمنه مع قيم الزيادة، أي ما أحدث المشتري من البناء أو الغراس.[2]

وقد أشارت إلى ذلك المادة 1044 من مجلة الأحكام العدلية، بقولها : أن الشفيع يخير بين تملك المشفوع بالثمن وقيمة البناء والغراس، وبين أن يترك، وليس له أن يجبر المشتري على قلع الأبنية والأشجار.[3]

1- د. محمد جاب الله، أحكام الشفعة في الشريعة الإسلامية، ص 111 و112.

2- الإمام مالك، الموطأ، ص 508 و509 ؛ د. وهبة الزحيلي، الوجيز في الفقه الإسلامي، ص 361.

3- ومثلها المادة 1160 مدني أردني، و1304 مدني إماراتي.

ب- أما إذا حصل البناء أو الغرس أو الزيادة بعد إعلان الشفيع عن رغبته في الأخذ بالشفعة :

فإن المشتري يكون سيء النية في هذه الحالة، وكان للشفيع في هذه الحالة أن يطلب الإزالة أو القلع إن كان لها محل، لأن حق الشفيع بحكم القانون، فهو حق أقوى من حق المشتري ؛ ولأن المشتري عندئذ يعتبر بانيا في ملك الغير ؛ وأما إن اختار الشفيع إستبقائها، فلا يلزم إلا بدفع نفقات ومصاريف هذه الزيادة لا غير، أي قيمتها فقط دون أي إلتزام بالتعويض.[1]

فقد نصت المادة 2/805 من ق.م وبكل وضوح، على أنه :" إذا حصل البناء أو الغراس بعد الإعلان بالرغبة في الشفعة، كان للشفيع أن يطلب الإزالة، وإذا اختار أن يستبقي البناء والغراس فلا يلزم إلا بدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغراس".

2- حكم التصرفات القانونية

نصت المادة 806 من ق.م، على أنه : "لا تكون حجة على الشفيع الرهون والإختصاصات المأخوذة ضد المشتري، وكذلك كل بيع صدر منه، وكل حق عيني رتبه المشتري أو ترتب عليه، إذا كان ذلك قد تم بعد تاريخ شهر الإعلان بالرغبة في الشفعة ؛ على أنه يبقى للدائنين المسجلة ديونهم ما لهم من حقوق الأفضلية فيما آل للمشتري من ثمن العقار".

وعلى ذلك، **لا تكون حجة على الشفيع التصرفات القانونية التي رتبها المشترى على العقار المشفوع فيه، بعد طلب الشفيع للشفعة**، وفقا لأحكام المادة 806 من ق.م، كالبيع أو الهبة أو الرهن الرسمي أو أي حق عيني تبعي آخر كحق إمتياز رتبه المشتري على العقار المشفوع... ؛ فإنها لا تسري قانونا في حق الشفيع، **إذ يجوز لهذا الأخير طلب إبطالها ونقضها وعدم نفاذها في حقه** ؛ من خلال رفع الدعوى البوليصية (م 191 من ق.م).[2]

وهو قول فقهاء الحنفية والشافعية وبعض المالكية، من أن الشفيع بالخيار إن شاء تركه، وإن شاء تملك المشفوع بالثمن وقيمة البناء والغرس. أنظر الكاساني، بدائع الصنائع، ج6، ص 6735.

[1]- لأن حسن النية يستوجب أن يمتنع المشتري عن القيام بها، بعد تبليغه برغبة الشفيع في الأخذ بالشفعة. أنظر **تمييز مدني أردني**، ملف رقم 98/1707، م.ن.م، 1999، ص 1985.

[2]- نصت المادة 1608 من مجلة الأحكام العدلية، على أنه، إذا كان الشفيع قد طلب الشفعة، وقام بعد ذلك المشتري وتصرف بالعقار المشفوع فيه ؛ فإن تصرفاته كلها تكون باطلة.

وذلك لأن البائع يلتزم قانونا بالضمان نحو الشفيع بالزيادة أو الإنقاص أو الإسقاط، غير أنه تبقى للدائنين حقوقهم على ثمن العقار، كما أشارت المادة 806 من ق.م ؛ فالشفيع يتملك العقار المشفوع فيه بالشفعة خاليا من الحقوق، فلا يكون أمام الدائنين سوى الرجوع على المشتري بثمن العقار لتحصيل حقوقهم الثابتة منه.

فإنه بعد تاريخ شهر إعلان الشفيع عن رغبته في الأخذ بالشفعة، وإقامة دعوى الشفعة، يعتبر هذا الإعلان حجة على الغير ؛ وبالتالي لا يسري في حق الشفيع أي تصرف قانوني يصدر من المشتري، أو أي حق ترتب ضده على العقار المشفوع فيه.[1] فللشفيع أن ينقض جميع التصرفات القانونية التي صدرت من المشتري بعد إقامة دعوى الشفعة (م 797 و801 و806 من ق.م).[2]

أما إذا حصلت هذه التصرفات القانونية من المشتري قبل طلب الشفيع للشفعة، وقبل إقامة دعوى الشفعة ؛ كما لو تم البيع من طرف المشتري قبل رفع دعوى الشفعة، فالبيع يكون صحيحا بين أطرافه، غير أنه يحق للشفيع إذا ثبتت له الشفعة، أن يأخذ العقار المشفوع بثمن أي العقدين شاء، وكذا لو تعددت العقود ؛ فيرجع المتعاقدون على بعضهم كل بما قدم من ثمن.[3]

وقد ذهب فقهاء الشريعة الإسلامية في مسألة الشفعة عند توالي البيوع، من أنه كأصل عام تكون شروط البيع الأول هي الواجبة الإعتبار : فإذا تصرف المشتري الأول في العقار المشفوع فيه تصرفا صحيحا تجب فيه الشفعة، كان الشفيع بالخيار بين أن يأخذ بالبيع بثمنه، لأن الشفعة قد وجبت له قبل تصرف المشتري، وبين أن يمضي تصرفه ويأخذ بالشفعة من المشتري الثاني، لأنه شفيع في العقدين فكان له الأخذ بما شاء منهما.[4]

1- تمييز مدني اردني، 1993/10/23، ملف رقم 93/1133، المرجع المذكور، 1994، ص 203.

2- المادة 1167 مدني اردني، و1305 مدني إماراتي.

3- المادة 1607 من مجلة الأحكام العدلية.

أما بالنسبة للتصرفات التي لا تثبت بها الشفعة إبتداء، كالهبة بلا عوض والوقف ؛ فيكون تصرف المشتري بالعقار قبل طلب الشفعة صحيحا، وتسقط به الشفعة (م 1606 من مجلة الأحكام العدلية).

4- راجع د. أحمد خالدي، الشفعة، ص435 وما بعدها ؛ د. أحمد دغيش، حق الشفعة في التشريع الجزائري، ص 166 وما يليها.

وذلك لان البائع يلتزم قانونا بالضمان نحو الشفيع بالزيادة او الإنقاص أو الإسقاط، غير أنه تبقى للدائنين حقوقهم على ثمن العقار، كما أشارت المادة 806 من ق.م ؛ فالشفيع يتملك العقار المشفوع فيه بالشفعة خاليا من الحقوق، فلا يكون أمام الدائنين سوى الرجوع على المشتري بثمن العقار لتحصيل حقوقهم الثابتة منه.

فإنه بعد تاريخ شهر إعلان الشفيع عن رغبته في الأخذ بالشفعة، وإقامة دعوى الشفعة، يعتبر هذا الإعلان حجة على الغير؛ وبالتالي **لا يسري في حق الشفيع أي تصرف قانوني يصدر من المشترى**، أو أي حق ترتب ضده على العقار المشفوع فيه.[1] فللشفيع أن ينقض جميع التصرفات القانونية التي صدرت من المشتري بعد إقامة دعوى الشفعة (م 797 و801 و806 من ق.م).[2]

أما إذا حصلت هذه التصرفات القانونية من المشتري قبل طلب الشفيع للشفعة، وقبل إقامة دعوى الشفعة ؛ كما لو تم البيع من طرف المشتري قبل رفع دعوى الشفعة، فالبيع يكون صحيحا بين أطرافه، غير أنه يحق للشفيع إذا ثبتت له الشفعة، أن يأخذ العقار المشفوع بثمن أي العقدين شاء، وكذا لو تعددت العقود ؛ فيرجع المتعاقدون على بعضهم كل بما قدم من ثمن.[3]

وقد ذهب فقهاء الشريعة الإسلامية في مسألة **الشفعة عند توالي البيوع**، من أنه كأصل عام **تكون شروط البيع الأول هي الواجبة الإعتبار**: فإذا تصرف المشتري الأول في العقار المشفوع فيه تصرفا صحيحا تجب فيه الشفعة، كان الشفيع بالخيار بين أن يأخذ بالبيع بثمنه، لأن الشفعة قد وجبت له قبل تصرف المشتري، وبين أن يمضي تصرفه ويأخذ بالشفعة من المشتري الثاني، لأنه شفيع في العقدين فكان له الأخذ بما شاء منهما.[4]

---

[1]- تمييز مدني اردني، 1993/10/23، ملف رقم 93/1133، المرجع المذكور، 1994، ص 203.

[2]- المادة 1167 مدني أردني، و1305 مدني إماراتي.

[3] - المادة 1607 من مجلة الأحكام العدلية.

أما بالنسبة للتصرفات التي لا تثبت بها الشفعة إبتداء، كالهبة بلا عوض والوقف ؛ فيكون تصرف المشتري بالعقار قبل طلب الشفعة صحيحا، وتسقط به الشفعة (م 1606 من مجلة الأحكام العدلية).

[4]- راجع د. أحمد خالدي، الشفعة، ص435 وما بعدها ؛ د. أحمد دغيش، حق الشفعة في التشريع الجزائري، ص 166 وما يليها.

المطلب الخامس

الالتصاق

(L'accession)

أ- المقصود بالإلتصاق :

الالتصاق أو الإتصال أوالإلحاق، هو إندماج شيئين متميزين أحدهما عن الآخر، مملوكين لشخصين مختلفين، على نحو يتعذر معه الفصل بينهما دون تلف، دون أن يوجد اتفاق بينهما على هذا الاندماج، سواء تم ذلك بفعل الطبيعة أو بفعل الإنسان.

فالإلتصاق عبارة عن واقعة قانونية، أي حادث مادي إرادي أو لا إرادي، يرتب أثرا قانونيا، يتمثل في نقل ملكية الشيء بعد الإلتصاق من شخص لآخر.[1]

والإلتصاق كسبب من أسباب كسب الملكية بين الأحياء، وفقا للقانون المدني الجزائري (م 778 إلى 791 من ق.م) ؛ وهو إندماج شيئين مملوكين لشخصين مختلقين اندماجا ماديا، دون إتفاق سابق بينهما، بحيث لا يمكن فصل أحدهما عن الآخر دون تلف. فيترتب على هذا الاندماج أن يتملك مالك أحد هذين الشيئين الشيء الآخر بقوة القانون أو بحكم قضائي ؛ كأن يتملك فيه صاحب الأصل الشيء الملحق (م 675 و782 و783 من ق.م).[2] أي بمعنى ضرورة إسناد ملكية الشيء كاملا بعد الالتصاق إلى أحد المالكين، وهو مالك الشيء الأصلي بقوة القانون أو بحكم القضاء، عند صدور حكم قضائي يقضي بذلك.[3]

والشيء الأصلي الذي يتم الإلتصاق به، قد يكون عقارا وقد يكون منقولا ؛ وقد يحدث الإلتصاق بفعل الإنسان (الإلتصاق الصناعي)، أو بفعل

---

[1] د. محمد سوار، الحقوق العينية الأصلية، ص 514 وما بعدها.

[2] المادة 902 من مجلة الأحكام العدلية، و77 من قواعد ابن رجب.

[3] د. جمال النشار، الإلتصاق كسبب من أسباب كسب الملكية في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001، ص 10 وما بعدها.
Voir, Saint-Alary. R, Rép, Civ,V° Accession; Malaurie (Ph) et Aynès (L), Les Biens. 3° éd, Defrénois, Paris, 2007, N° 442 et s.

الطبيعة (الإلتصاق الطبيعي). ولا تسمع دعوى المطالبة بمنازعات الإلتصاق، بعد مضى سنة على وقوع الحادث الذي نتج عنه الإتصال أو الإلتصاق (م 784 من ق م).

ب- شروط اعتبار الالتصاق :

يتضح مما سبق، أن الالتصاق كسبب لكسب الملكية في القانون المدني الجزائري، يقتضى توافر أربعة شروط قانونية هي كالآتي :

1- أن يقع اندماج أو اتحاد أو إتصال بين شيئين متميزين أحدهما عن الآخر، وعلى هذا فإن ما يجرى على الشيء من تحسينات أوإصلاحات أو ترميمات أو تجديدات، لايسرى عليه أحكام الإلتصاق قانونا.

2- أن يكون هذان الشيئان مملوكين لشخصين مختلفين، بأن يكون الإلتصاق إندماج بين شيئين غير مملوكين لشخص واحد.

3- أن يحدث الإلتصاق بين الشيئين دون إتفاق بينهما ، ينظم أحكام الملكية المندمجة بينهما. ومن ثم، فإذا كانا مملوكين لنفس المالك، فلا تسرى أحكام الالتصاق ؛ لأنه إذا وجد إتفاق سابق بين المالكين على الإندماج، فلا يطبق الحكم القانوني المتعلق بالإلتصاق.

4- أن يندمج الشيئان على نحو يتعذر الفصل بينهما ، دون تلف لهما أولأحدهما ، وعليه لا يتحقق هذا بالنسبة للكنز أوالعقار بالتخصيص، لعدم إلتصاقهم بالأرض ؛ حيث يمكن فصلهم دون تلف لهم، فلا تطبق عليهم أحكام الالتصاق بل الأحكام القانونية الخاصة المتعلقة بهم.

ج- أنواع الالتصاق :

الالتصاق في القانون المدني الجزائري، **قد يقع بين شيئين من المنقولات**، أي إتصال المنقول بالمنقول ؛ **كما أنه قد يكون أحدهما منقولا والآخر عقارا** ، أي اتصال المنقول بالعقار. وفي هذه الحالة الثانية قد يكون **الالتصاق طبيعيا أي بفعل الطبيعة** دون تدخل يد الإنسان (وهو الإلتصاق الطبيعي)، وقد يكون **إلتصاقاً إصطناعياً** أي بفعل الإنسان (وهو الإلتصاق الصناعي) ؛ ومن الممكن أن يكون هناك اتصال عقار بعقار، حسب ما جاءت في القانون المدني الجزائري.

ونتطرق في هذا الخصوص، وفقا لأحكام القانون المدني الجزائري، لدراسة أحكام إلتصاق المنقول بالمنقول، ثم معالجة أحكام الإلتصاق بالعقار فيما يلي :

أولا : إلتصاق المنقول بالمنقول :

نصت المادة 791 من ق.م، على أنه : **"إذا إلتصق منقولان لمالكين مختلفين، بحيث لا يمكن فصلهما دون تلف، قضت المحكمة إن لم يكن هناك إتفاق بين المالكين، مسترشدة بقواعد العدالة، ومراعية في ذلك الضرر الذي حدث، وحالة الطرفين، وحسن نية كل منهما."**

ومقتضى هذه المادة أنه : إذا اتصل منقولان لمالكين مختلفين، بطرق الإلتصاق المختلفة، بحيث يتعذر الفصل بينهما دون تلف، ولم يكن هناك اتفاق سابق بين المالكين على مصير الدمج ؛ تقضى المحكمة المختصة في ملكية المنقول الجديد المتنازع عليه بين الطرفين، مسترشدة بقواعد العدالة، مع مراعاة الضرر الذي وقع فعلا، وحالة الطرفين، وحسن نية كل منهما.

وقبل أن نعرض لأحكام إلتصاق المنقول بالمنقول (2)، نبين أولا بعض طرق إلتصاق المنقول بالمنقول (1).

1- طرق إلتصاق المنقول بالمنقول

قد يقع إلتصاق المنقول بالمنقول في الحياة العملية بعدة طرق، نذكر منها على الخصوص ثلاث صور شائعة وهي :

أ- **الإلتصاق بالضم** : كوضع قطعة من الماس مملوكة لشخص في خاتم لشخص آخر، وكوضع الصورة في الإطار، وهكذا.

ب- **الإلتصاق بالمزج** : كرسم فنان بألوان من عنده على قطعة من قماش مملوكة لشخص آخر، وكمزج كمية من العسل مع كمية من زيت الزيتون مثلا.

ج- **الإلتصاق بالتحويل** : كتحويل الخشب الخام المملوك لشخص إلى أثاث، بفعل العمل المبذول من طرف الحرفي.

فهنا يقع إتصال بين قيمة الشيء، وقيمة العمل المبذول من الحريف، وفقا لقول بعض الفقه المدني الفرنسي، إنطلاقا من مقتضيات المادة 551 من ق.م.ف، مع مراعاة أن الشخص الذي يملك هذا الشيء الجديد ينبغي أن يكون قادرا على تعويض الطرف الآخر، ومع مراعاة أيضا حسن نية الطرفين (Tout ce qui s'unit et s'incorpore à la chose appartient au propriétaire)[1].

2- حكم إلتصاق المنقول بالمنقول

وأما فيما يتعلق بحكم إلتصاق المنقول بالمنقول، يمكن التفرقة بخصوصه بين حالتين مهمتين :

أ- إذا كان هناك إتفاق بين الشخصين، اللذين يملكان المنقول المندمج، تحكم المحكمة المختصة بهذا الإتفاق، لأن العقد شريعة المتعاقدين (م 106 من ق.م) ؛ مقابل مبلغ نقدي يدفعه أحدهما للآخر، تعويضا عن المنقول المندمج الذي كسبه.

ب- وأما إذا لم يكن هناك اتفاق بين الشخصين، المالكين للمنقولات الملتصقة المندمجة، ولم تتوافر شروط قاعدة : "**الحيازة في المنقول سند الملكية**" (حيث يستطيع الحائز أن يتملك الشيئين المندمجين بالحيازة إذا توافرت شروطها، وفقا للمادة 835 من ق.م) ؛ وجب قانونا إعمال حكم إلتصاق المنقول بالمنقول الوارد في المادة 791 من ق.م.

ومن ثم، يستوجب تحديد من هو المالك القانوني للشيء الجديد من جراء المنقولين المندمجين معا ؛ وذلك لأن الشيء الجديد الملتصق يكون في الحقيقة مملوكا على الشيوع بين الشخصين، قبل صدور الحكم القضائي الذي يقرر مصيره ويحدد مالكه القانوني ؛ وفقا لقواعد العدالة، والعرف الجاري، مع مراعاة الضرر الذي حدث، وحالة الطرفين، وحسن نية أو سوءها لكل منهما.

---

[1]. Cf. Saint-Alary. R, Rép, Civ,V° Accession; Malaurie (Ph) et Aynès (L), Les Biens. Op.cit, N° 442 et s ; Weill (A), Terré (F), Simler (Ph), Les Biens, op.cit, N° 235 et s.

والأمرهنا، متروك لتقدير قاضي الموضوع، وفقا لمقتضيات المادة 791 من ق.م، إذ يجوز له أن يحكم بما يلي :

أ- **أن يحكم بتمليك الشيء الجديد للمالك حسن النية**، مع إلزامه بتعويض الطرف الآخر، عما أصابه من ضرر (م 791 من ق.م)، على أساس قواعد الإثراء بلا سبب (م 141 من ق.م) ؛ إذا أدى الإلتصاق إلى زيادة قيمة المنقولين الملتصقين المندمجين معا. فإذا ثبت للقاضي أن الإلتصاق الحاصل بين الشيئين المندمجين ينم عن سوء نية أحد الطرفين، فيصح أن يعامل هذا الأخير بنقيض قصده.

ب- أو أن **يأمر بقسمة الشيء المنقول المندمج**، الذي صار مملوكا على الشيوع بعد حدوث الإلتصاق، إذا كانت القسمة العينية ممكنة بطبيعة الحال.

ج- كما يجوز له، **أن يأمر ببيع الشيء الجديد الملتصق**، ويوزع ثمنه عليهما، بموجب حكم قضائي لفض النزاع بين الطرفين.

ثانيا : الالتصاق بالعقار :

ففي هذه الحالة للإلتصاق بالعقار، فقد يكون **الإلتصاق طبيعيا**، كاتصال عقار بعقار آخر بفعل الطبيعة، دون تدخل من الإنسان ؛ وقد يكون **إلتصاقا إصطناعيا**، أي من فعل الإنسان وتدخله. وهو ما سنعالجه فيما يلي :

أ- الإلتصاق الطبيعي بالعقار :

المقصود بالإلتصاق بفعل الطبيعة، **هو حدوث إندماج بين عقارين مملوكين لشخصين مختلفين بفعل الطبيعة** (L'accession naturelle)، **ودون تدخل من الإنسان**، كزيادة رقعة الأرض بفعل المياه كحالة طمي النهر، وحالة تغير مجرى النهر ؛ وكتحول الأرض وانزلاقها عن موقعها بفعل كارثة طبيعية كالزلازل مثلا، وهو ما يسمى ب "**الإلتصاق الطبيعي بالعقار**" ؛ وقد نظم القانون المدني الجزائري أحكامه وفقا للحالات المهمة الآتية :[1]

---

[1] - المواد من 778 إلى 781 من ق.م.

1- **إن الطمي وهو الطين، أي التراب الذي يجلبه النهر،** أو السيل بطريقة تدريجية غير محسوسة إلى الأراضي المجاورة، **يكون مملوكا لصاحب الأرض الذي اتصل بها هذا الطمي**؛ أي يكون ملكا له، فهو ملكه دون أن يلتزم بدفع تعويض لأحد، ولا يجوز للغير أن يتعرض له.[1]

وعلى هذا، فإن الأرض التي تتكون من طمي يجلبه النهر، على الأرض المجاورة لمجرى النهر، بطريقة تدريجية وغير محسوسة بفعل الطبيعة، تكون ملكا للملاك المجاورين بسبب الإلتصاق الطبيعي بالعقار.

فقد نصت المادة 778 من ق.م، على أن : **"الأرض التي تتكون من طمي يجلبه النهر بطريقة تدريجية غير محسوسة تكون ملكا للمالكين المجاورين".**

ولتطبيق هذه القاعدة يجب توافر الشروط الثلاثة الآتية : أن يكون تراكم الطمي والزيادة في الأرض المجاورة لمجرى النهر قد بطريقة تدريجية غير محسوسة لا دفعة واحدة، وأن يكون الطمي متصلا بالأرض المجاورة؛ وأن يتكون الطمي بصورة طبيعية تلقائية بفعل الطبيعة دون تدخل من الملاك. فإن كان كذلك أمكن إكتساب ملكية الزيادة المكتملة، وإلا اعتبرت جزءا من مجرى النهر.[2]

فإن طمي النهي الذي يتشكل دفعة واحدة في مجاري المياه، يعتبر جزءا من طرح النهر، فلا تكون ملكيته عندئذ ملكا لأصحاب الأراضي المجاورة للنهر وفقا للمادة 778 من ق.م، بل جزءا من أملاك الدولة الخاصة؛ كما أن الطمي الذي يتشكل في مجاري المياه بتدخل من الملاك وفعلهم، كما لوضعوا حجارة أو أخشابا بهدف ترسب مواد الطمي في أرضهم المجاورة للنهر، عد عملهم هذا تعديا على مجرى النهر الذي يعتبر من أملاك الدولة العامة (م 779 و780 و781 من ق.م).

2- **يجوز لمالك الأرض التي تتحول أو تتجرف عن مكانها بسبب حادث طارئ بفعل الطبيعة،** أو ينكشف عنها إلى أرض منخفضة أو وطيئة

---

[1]- وتقابلها المادة 879 مدني سوري، و918 مدني مصري، و1131 مدني أردني، و1262 مدني إماراتي.

[2]- د. **محمد سوار**، الحقوق العينية الأصلية، ص 483 وما بعدها ؛ د. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، ص 305 ؛ د. **علي العبيدي**، الوجيز في الحقوق العينية، ص 122.

(وهو ما يسمى ب "طرح النهر")، أن يطالب بها إذا تحققت معرفتها على الأرض في أثناء السنة التي تلي الحادث ؛ ولا تسمع الدعوى بعد مضى سنة على وقوع الحادث.[1]

ويستوجب ههنا، أن يكون الجزء المتحول من الأرض ذا شأن، وأن يحصل التحول بفعل الطبيعة حينها ؛ أي بحادث وقع قضاءا، نتيجة لكارثة طبيعية، كحالات الإنزلاق والزلازل. ومن ثم، يحق لمالك الأرض المتحولة أن يطالب بها إذا أمكن معرفتها، خلال سنة تبدأ من زوال الحادث الذي أفضى إلى التحول. فإذا إنقضت السنة ولم يرفع الدعوى للمطالبة بها، سقط حقه في الإدعاء.[2]

3- **إن الجزر الكبيرة والصغيرة التي تتكون بصورة طبيعية في** مجارى المياه، تكون من أملاك الدولة (م 779 و780 من ق.م). **كما أن الجزر التي تتكون داخل البحيرات والبرك وطمي البحيرات والبحر،** تعتبر من أملاك الدولة أيضا.

فإن ملاك الأراضي الملاصقة للبرك، وكذا البحيرات، وهي المياه الراكدة، لا يملكون قانونا ما تتكشف عنه هذه المياه الراكدة ؛ غير أنه لا تزول ملكيتهم عن الأراضي التي طغت عليها المياه وفقا لأحكام المادة 780 من ق.م.

4- **إن الأراضي التي يخلفها إنحسار البحر التي لا مالك لها،** تكون هي الأخرى ملكا للدولة الجزائرية (م 773 و779 و780 من ق.م). أما إذا وقع ذلك على أرض مملوكة، فعندئذ يستطيع الشخص الذي طغى البحر على أرضه، أن يسترد الجزء الذي فقده بسبب طغيان البحر عليه (م 780 و781 من ق.م).

فقد نصت المادة 779 من ق.م، على أنه : "**تكون ملكا للدولة الأرض التي ينكشف عنها البحر، لا يجوز التعدي على أرض البحر، والأرض التي تستخلص بكيفية صناعية تكون ملكا للدولة.**" كما أشارت المادة 781 من

---

[1] - وتقابلها المادة 880 مدني سوري، و1132 مدني اردني، و1263 مدني إماراتي.

[2] - د. محمد سوار، المرجع المذكور، ص 482 وما بعدها.

ق.م، على أن : "الأراضي التي يحولها النهر من مكانها أو ينكشف عنها، والجزر التي تتكون في مجراه، تكون ملكيتها خاضعة للقوانين الخاصة بها".

ب- الالتصاق الصناعي بالعقار :

وهو اتصال المنقول بالعقار بفعل الإنسان وتدخله، كالبناء في ملك الغير، وهو ما يسمى بـ "الإلتصاق الصناعي" (L'accession artificielle) ؛ بحيث يتعذر الفصل بينهما، فيصبح هذا المنقول نتيجة هذا الاندماج عقارا بطبيعته ؛ كما هو الحال عند إنشاء مبان أو منشآت أو غراس بمواد مملوكة لشخص على أرض مملوكة لشخص آخر.

أولا : القاعدة العامة التي تحكم هذا الموضوع

والقاعدة العامة التي تحكم هذا الموضوع في القانون المدني الجزائري أن : "الأرض تعتبر أصلا وما يقام عليها فرعا"، ويأخذ الفرع حكم الأصل ما لم يقم الدليل على غير ذلك. وهذا مفاده : أن كل بناء أو منشآت أو غراس تقام على الأرض، تعتبر أن مالك الأرض الأصلي قد أقامها على نفقته، وبالتالي فهي مملوك له (Le propriétaire du sol) ؛ لأن كل بناء يقام على أرض يفترض أنه من عمل صاحب الأرض ويكون ملك له لأن الذي يملك الأصل يملك الفرع ؛ ولكن هذه القرينة هي قرينة قانونية بسيطة يمكن إثبات عكسها.[1]

وهو ما قال به فقهاء الشريعة الإسلامية منذ عدة قرون من خلال قاعدة الإستصحاب، لأن الأصل هو بقاء ما كان على ما كان ؛ والبينة لإثبات خلاف الظاهر، واليمين لإبقاء الأصل ؛[2] فمن يدعي أن صاحب الأرض هو غير صاحب المنشآت أو الغراس، فعليه أن يقيم الدليل الشرعي على ذلك.[3]

---

[1]- Cass.Civ, 1°, 25/04/2006, D, 2006 , IR, 1335 ; Voir Saint-Alary R, Accesion, in Rép.Civ ;

[2] - إبن جزي، القوانين الفقهية، ص 317.

[3] - المادة 77 و891 و899 و906 و907 من مجلة الأحكام العدلية.

ثانيا : حالات الإتصال الصناعي بالعقار بفعل الإنسان

وهي حالات الإتصال بالعقار بفعل الإنسان وتدخله، كإندماج منقول بعقار والتصاقه به، بحيث يتعذر معه فصل أحدهما عن الآخر دون تلف، كالبناء في ملك الغير ؛ وهنا يتحول المنقول المندمج إلى عقار بطبيعته بفعل الإنسان.

وقد أورد القانون المدني الجزائري في هذا الخصوص، ثلاثة حالات قانونية هامة هي كالآتي :

الحالة الأولى : إقامة مالك الأرض منشآت بمواد مملوكة للغير :

نصت المادة 782 من ق.م صراحة على أن : **كل بناء أو غرس أو منشآت أو عمل قائم على الأرض، يعتبر أن مالك الأرض قد أقامه على نفقته وأنه يخصه، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك.**

في هذه الحالة يكون صاحب الأرض مالكا خالصا للأرض، ومالكا لما ما يحدث فيها، من بناء أو غراس أو منشآت قائمة أخرى، وما إلتصق فيها من مواد منقولة : كالأخشاب والحديد والأحجار والإسمنت... التي اندمجت في هذه المنشآت، والتي هي مملوكة لغيره ؛ فإن البناء لبانيه، وهو مملوك له، أي لمالك الأرض، بإعتبارها أصلا، وهذه قرينة لصالح مالك الأرض (م 675 و676 و782 من ق.م)، حتى يعمل مالك الأرض خياره، في طلب التملك مع دفع قيمة ما زاد في قيمة الأرض بسبب هذه المنشآت، أو طلب القلع والإزالة، في أجل سنة من اليوم الذي يعلم فيه بإقامة المنشآت المراد إزالتها (م 783 و784 من ق.م).[1]

وعلى من يدعي خلاف ذلك عبء إثبات العكس ،[2] لأن كل ما على الأرض أو تحتها، من بناء أو غراس أو منشآت، يعد من عمل صاحبها، ويكون مملوكا له، ما لم تقام البينة على أن شخصا أجنبيا أقام المنشآت على نفقته وفقا لأحكام المادة 782 من ق.م. وفي كلتا الحالتين يلتزم

---

[1]- المحكمة العليا، غ.ع، 2011/03/10، ملف رقم 643997، م.م.ع، 2011، العدد1، ص 141 ؛ 2001/02/28، ملف رقم 207261 ؛ غ.م، 1988/10/26، ملف رقم 48167، م.ق، 1990، العدد3، ص 23.

[2]- المحكمة العليا، غ.م، 1989/11/20، ملف رقم 52627، م.ق، 1990، العدد4، ص 150

صاحب الأرض بتعويض مالك المواد، عن الضرر الذي أصابه، من جراء إستعمال هذه المواد التي اندمجت في العقار، وأجرة العمل، إن كان له وجه قانوني (م 783 من ق.م).[1]

فإن كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت **يعد من عمل صاحبها، ويكون مملوكا له،**[2] ما لم تقام البينة على أن أجنبيا أقام المنشآت على نفقته (المواد 783 و784 و785 و786 من ق.م).

وعلى كل، إذا كانت هذه المواد قائمة، وطلب صاحبها إستردادها، وجب على صاحب الأرض إعادتها إليه؛ وإما إن كانت هالكة أو مستهلكة وجب دفع قيمتها لصاحب المواد؛ **فلا يلزم بردها إذا تم استخدامها في المنشآت، ولكن يجب على صاحب الأرض أن يدفع ثمنها لأصحابها**، أي التعويض لهم بمقتضى أحكام المسؤولية التقصيرية عن الفعل الضار إذا تحققت شروطها.[3]

الحالة الثانية : إقامة صاحب المواد للمنشآت في أرض مملوكة للغير:

وهذه هي الحالة الغالبة في الحياة العملية، بأن يقوم شخص بالبناء أو إقامة المنشآت أو الغراس في أرض ليست ملكا له (Constructions et plantations sur le terrain d'autrui)، وهو البناء في ملك الغير، فهو يعتبر بالتالي قد بنى في ملك غيره (م 784 وما بعدها من ق.م).[4]

---

[1]- Voir Cornu (G), Droit civil, Introduction, Les personnes, Les Biens, 7° éd, Montchrestien, Paris, 1994, N° 1373 et 1389 ; Saint-Alary. R, Rép, Civ,V° Accession, N° 150.

[2]- فهنا يعتبر أن مالك الأرض قد أقامها على نفقته، ما لم يقم الدليل القاطع على عكس ذلك (م 782 من ق.م).

فقد أقام القانون المدني الجزائري قرينة قانونية مفادها: أن كل بناء أو غراس قائم على الأرض، يعتبر أن مالك الأرض قد أقامه من ماله الخاص، وبالتالي فهو مملوك له؛ ولكن هذه قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها، بتقديم الدليل على أن أجنبيا أقامها. أنظر **المحكمة العليا**، غ.م، 1989/11/20، ملف رقم 52627، م.ق، 1990، العدد4، ص 150.

[3]- راجع د. رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ص 211؛ د. علي العبيدي، الحقوق العينية، ص 125؛ د. منصور منصور، حق الملكية في القانون المدني المصري، ص 290.

[4]- إذا كانت الأرض مملوكة على الشيوع، لابد من إذن جميع الشركاء وفقا لأحكام الشيوع، كما ذكرنا سابقا في موضوع الملكية الشائعة.

والقاعدة في القانون المدني الجزائري : أن مالك الأرض يتملك البناء والمنشآت والغراس بحكم الالتصاق بالعقار، إذا كان حسن النية وقت إقامة البناء (La bonne foi du constructeur)، مقابل تعويض عادل لصاحب البناء أو المنشآت أو الغراس، إذا كانت قد بلغت حدا من الجسامة، بمبلغ يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المحدثات (م 141 و785 و786 من ق.م، و77 من القانون رقم 25/90 المتضمن التوجيه العقاري).[1]

فإن من أقام منشآت على أرض مملوكة للغير، بدون إذن المالك، وهو يعتقد بحسن نية أن له الحق في إقامتها ؛ فلصاحب الأرض الخيار بين أن يتملكها بدفع قيمة المواد وأجرة العمل، أو مبلغا مساويا لما زاد في قيمة الأرض بسبب هذه المنشآت وفقا لأحكام المادة 785 من ق.م.[2]

أما إذا كان الشخص الذي بني أ وغرس أو اقام منشآت على أرض الغير يعلم أنها مملوكه لغير (La mauvaise foi du constructeur)**، أي سوء نية الباني وقت إقامة البناء** ؛ كان للمالك أن يطلب إزالتها وهدمها، وقلع الغراس ورد الثمار التي جناها، والتعويض عند الإقتضاء، ولو بالتنفيذ الجبري على مسؤولية ونفقة من أحدثها ؛[3] **خلال السنة الموالية للعلم بإقامة تلك المنشآت** وليس من تاريخ إنشائها.[4] **فإذا كانت الإزالة مضرة بالأرض، فله أن يتملكها بقيمتها فقط**، وله الخيار بين هذين الأمرين قانونا (م 785 من ق.م).[5]

---

[1]- وعلى ذلك، يتملك مالك الأرض المحدثات، من الأبنية والأشجار والمنشآت، حال كونها بقيمتها قائمة في محلها.

وهو ما سارت عليه إجتهادات المحكمة العليا من أنه:" من المقرر قانونا، أن كل المنشآت والأغراس ذات القيمة الحينية، والتجهيزات التي أنجزت منذ التأميم، مكتسبة لأصحابها. ومن المقرر أيضا، أن كل من نال عن حسن نية، من عمل الغير أو من شيء له منفعة، ليس لها ما يبررها، يلزم بتعويض من وقع الإثراء على حسابه، بقدر ما استفاد من العمل أو الشيء."

راجع **المحكمة العليا**، غ.ع، 2011/03/10، ملف رقم 643997، م.م.ع، 2011، العدد1، ص 141 ؛ 1998/03/25، ملف رقم 179146، م.ق، 1998، عدد1، ص 69 ؛ 1989/12/13، ملف رقم 56099، م.ق، 1993، العدد2، ص 18.

[2]- **المحكمة العليا**، غ.ع، 2011/03/10، ملف رقم 643997، م.م.ع، 2011، العدد1، ص 141 ؛ 1988/10/26، ملف رقم 48167، م.ق، 1990، العدد3، ص 23.

Voir Junillon J, Obs sous Cass.Civ, 1°, 25/04/2006, D, 2006 , p 2366.

[3]- Cass.Civ, 1°, 19/02/1975, D, 1975 , 118.

[4]- **المحكمة العليا**، غ.ع، 2001/02/29، ملف رقم 207261، م.ق، 2001، العدد2، ص 269.

[5]- **المحكمة العليا**، غ.م، 1989/12/13، ملف رقم 56099، م.ق، 1993، العدد2، ص 18.

ومقتضى هذا أنه إذا أحدث شخص منشآت بمواد من عنده على أرض يعلم أنها مملوكة للغير، **فلمالك الأرض طلب قلعها وإزالتها على نفقة من أحدثها**؛ فإن كان القلع مضر بالأرض جاز له **أن يتملك هذه المحدثات بقيمتها**، بأن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل، أو بدفع مبلغ يساوي ما زاد في قيمة الأرض بسبب هذه المنشآت،[1] **والخيارين هو أمر متروك بتقدير مالك الأرض**.[2]

وهو ما حكمت به المحكمة العليا في قرار حديث مؤرخ في 2007/06/20، ملف رقم 272909 من أنه : "**يخير صاحب الأرض، إذا كان** من أقام المنشآت على أرضه حسن النية، **بين دفع قيمتها أو دفع مبلغ مساو لما زاد في قيمة هذه الأرض بسببها** ؛ ولا يلزم صاحب الأرض قضاء بأي حال بتمليك أرضه لصاحب المنشآت."[3]

وعلى ذلك، وانطلاقا من توجهات إجتهادات المحكمة العليا المشهورة، **يطبق على الباني حسن النية قواعد البناء على ملك الغير بحسن نية** ؛ وعلى الباني سيء النية قواعد البناء على ملك الغير بسوء نية (والتي منها : عدم إكتساب ملكية البناء أو الغراس، وعدم إكتساب ملكية الثمار التي حصل عليها، وكذا المسؤولية عن الأضرار التي لحقت بالعقار بفعله هو).

وجدير بالتنويه في هذا الشأن، أنه **إذا وجد إتفاق بينهما على إقامة هذه المنشآت** (La présence d'un contrat)، وجب اتباع مضمون هذا الإتفاق لتقرير مصير هذه المحدثات ؛ كأن يكون الإحداث بإذن صاحب الأرض، أو بمقتضى بند أو شرط في العقد المبرم بين الطرفين ؛[4] فلا يحق لهذا

---

[1]- نقض مدني فرنسي، 1965/01/11، 1، مجموعة دالوز، 1965، 73 ؛ 1964/12/01، المجموعة نفسها، 1965، 473 ؛ 3، 1970/11/06، المجموعة نفسها، 1971، 394 ؛ 1975/02/19، المجموعة نفسها، 1975، 118.

وراجع نقض مدني مصري، 1969/06/19، م.أ.ن، س 20، ص 1002 ؛ تمييز مدني اردني، 1987/04/13، ملف رقم 87/209، المرجع المذكور، 1990، ص 94.

[2]- المحكمة العليا، غ.م، 1989/12/13، ملف رقم 56099، المشار إليه ؛ غ.ع، 2001/07/25، ملف رقم 215749، م.ق، 2002، عدد2، ص 396.

[3]- المحكمة العليا، غ.م، 2007/06/20، ملف رقم 272909، م.م.ع، 2010، العدد2، ص 189 ؛ 1988/10/26، ملف رقم 48167، م.ق، 1990، العدد3، ص 23.

[4]- Saint-Alary. R, Les contructions, plantations et ouvrages faits par le preneur sur les lieux loués, RTDCiv, 1947, p 278, N° 24 et s.

الأخير المطالبة بقلعها، لأنه هو الذي أذن بإقامتها. فإذا انعدم مثل هذا الإتفاق، أو سكت العقد المبرم عن حكمها، تملك صاحب الأرض هذه المنشآت بقيمتها، حال كونها قائمة، ما لم يطلب صاحب المحدثات قلعها ؛ لأن المبدأ هو : أن كل منقول يندمج مع الأرض، تعود ملكيته إلى مالك الأرض، باعتبارها أصلا.[1]

الحالة الثالثة : إقامة شخص منشآت على أرض للغير بمواد مملوكه لشخص ثالث :

إذا أقام شخص منشآت أو بناء أو غراس، بمواد مملوكة لغيره، على أرض أحد الأشخاص، فليس لمالك المواد (وهو الشخص الثالث في هذه الحالة)، أن يطلب إستردادها، وإنما له أن يرجع بالتعويض على هذا الشخص الذي أقام البناءات، كما أن له أيضا أن يرجع على صاحب الأرض بمقدار قيمة تلك المنشآت أو البناءات (م 790 من ق.م).

فإنه لا يجوز في هذه الحالة لمالك المواد أن يطلب إستردادها وفقا للمادة 790 من ق.م، وإنما يجوز له أن يرجع بالتعويض على الشخص الذي أقام المنشآت نتيجة فقده للمواد ؛ كما له أن يرجع على مالك الأرض بما لا يزيد على ماهو باق في ذمته من قيمة تلك المنشآت.

المطلب السادس

الحيازة

(La Possession)

الحيازة في القانون المدني الجزائري هي سبب من أسباب كسب الملكية، متى توافرت شروط قانونية معينة ؛ وهي سيطرة فعلية من الشخص بنفسه أو بواسطة غيره على شيء مادي أو على حق وارد على شيء يجوز التعامل فيه، تظهر هذا الشخص بمظهر مالك هذا الشيء، أو على الأقل صاحب حق عيني عليه.

---

[1]- المادة 675 و782 و786 من ق.م.

فمن يراه الناس مثلا، وهو يسوق سيارة بصفة ظاهرة علنية ومستقرة وهادئة، ويعتني بها وبصيانتها كما يفعل مالكها عادة، يسمى حائزا للسيارة المذكورة، بصرف النظر عن كون حيازته تستند إلى حق يخوله هذه السلطة الفعلية.

1- التعريف بالحيازة :

الحيازة واقعة مادية (Fait matériel) **قوامها سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه، من شأنها أن تنتج بعض الآثار القانونية** ؛[1] فهي ليست بحق أصلا، فهي كالشفعة سبب لكسب الحق ولكنها ليست بحق ؛[2] غير أنها قد تعتبر أساسا لبعض الطرق المكسبة للملكية، ومن ثم فإن الحيازة في القانون المدني الجزائري لها حماية خاصة في ذاتها (L'acquisition par la possession).[3]

فالحيازة هي المظهر المادي للملكية، تتمثل في السيطرة الفعلية على شيء، يرافقها عنصر نفسي هو نية الحائز في اكتساب الحق محل الحيازة ؛[4] في حين أن الملكية كما رأينا هي سلطة قانونية مباشرة، بل هي حق لشخص معين على شيء معين بالذات يمكنه من استعماله واستغلاله والتصرف فيه في حدود القانون.

2- خصائص الحيازة :

من التعريف السابق، يتضح لنا أن الحيازة لها خصائص قانونية أربع وهي :

أ- إن **الحيازة سيطرة فعلية،** لكونها وضع مادي على شيء معين، بصرف النظر عن منشأ هذا الوضع ؛ **فهي واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع**

---

[1]- :"إن تقدير الوقائع المادية، يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، ولا رقابة عليهم في ذلك من طرف المحكمة العليا." **المحكمة العليا**، غ.ع، 2014/06/12، ملف رقم 851484، م.م.ع، 2014، عدد 1، ص 367.

[2]- **د. عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط، ج9، ص785، فقرة 251 ؛ **د. محمد المنجي**، الحيازة، دراسة تأصيلية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1984، ص 15 و16.

[3]- تعليق **أ. بوتارن فايزة**، على **المحكمة العليا**، غ.ع، 2000/11/22، ملف رقم 201544، إ.ق.غ.ع، م.ق، عدد خاص، 2004، ج2، ص 288 ؛ وراجع **د. صالح باي محمد الشريف**، مكانة الحيازة في القانون المدني الجزائري، إ.ق.غ.ع، م.م.ع، عدد خاص، ج2، 2004، ص 130 وما بعدها.

[4]- **د. منصور منصور**، حق الملكية في القانون المدني المصري، ص 367 وما بعدها ؛ **د. علي العبيدي**، الوجيز في الحقوق العينية، ط2، 2007، ص 156.

الطرق القانونية ؛ وعلى قضاة الموضوع اللجوء إلى إجراءات التحقيق، لإثبات خصائص الحيازة المتمسك بها.[1]

ب- إن الحيازة لا ترد إلا على شيء مادي، من عقار أو منقول، أو على حق وارد على شيء.

ج- إن الحيازة لا ترد إلا على الأشياء المادية التي يجوز التعامل فيها، من العقارات أو المنقولات ؛ ومن ثم يستبعد من نطاقها الأشياء التي يمنع القانون وضع اليد عليها كالأموال العامة.

د- إن الحيازة لا تتحقق إلا في دائرة الحقوق العينية، الأصلية أو التبعية ؛ ومن ثم، تقتصر الحيازة على الحقوق العينية، فهي لا ترد على الحقوق الشخصية، ولا على الحقوق الفكرية، لأن محلها ليس شيئا ماديا ؛ فالمستأجرلا يعتبر حائزا قانونيا، وإنما حائز عرضي فقط.[2]

إن القانون يحمي الحيازة حماية مؤقتة لذاتها، حتى ولو لم تستند إلى حق، لأن الحائز الظاهر يكون غالبا هو صاحب الحق بالفعل على الشيء الذي يحوزه ؛ حيث يمكن لصاحب الحق أن يثبت حقه عن طريق القضاء بالطرق القانونية، وهذا للمحافظة على الوضع الظاهر والأمن والاستقرار داخل المجتمع.[3]

كما أن الحيازة الطويلة القاطعة تعد قرينة على الملكية، وسببا من أسباب كسب الحقوق العينية بعد مرور فترة معينة من الزمن، وهو ما يسمى ب "**التقادم المكسب**" في القوانين الوضعية، كأحد مصادر كسب الملكية. وذلك لأنه لا حق لمن كان حاضرا، وقادرا على المطالبة بالشيء محل الحيازة، ولم يطالب به أو سكت عنه طيلة مدة التقادم التي يحدده

---

[1] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2000/11/22، ملف رقم 201544، إ.ق.غ.ع، عدد خاص، 2004، ج2، ص 283 ؛ تعليق **أ. بوتارن فايزة**، المرجع نفسه، ص 288 ؛ 2003/04/23، ملف رقم 241917، م.ق، 2004، العدد1، ص 205.

[2] -Leveneur L. Situation de fait et droit privé, LGDJ, Paris, 1990, p 20 et s ; Jestaz Ph. Prescription et possession en droit francais des biens, D. 1984, Chron, 27.

[3] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2001/02/28، ملف رقم 261176، إ.ق.غ.ع، 2004، ج2، ص342.

القانون ؛ فإن إعتبار مرور الزمن قرينة على ترك الحق أو إسقاطه، ودليل على ثبوته لمن هو في يده.[1]

وقد تكون هذه المدة خمسة عشرة عاما تنصب على حيازة العقار، أو عشر سنوات، وهي المدة الطويلة التي يجوز للحائز تملكه متى كان مستندا في حيازته إلى سبب صحيح، وكان حسن النية ؛ وذلك أن الحق لا ينقضي بمرور الزمان، ولكن **لا تسمع الدعوى به على المنكر بإنقضاء** خمس عشرة سنة بغير عذر قانوني.[2]

إن الحيازة قد تؤدي في الحال إلى كسب الملكية، متى توافرت عناصرها وشروطها، دون حاجة إلى استمرار الحيازة مدة معينة، كما هو الحال بالنسبة إلى حيازة المنقول، وهي المدة القصيرة، إذا استندت إلى سبب صحيح، وكان الحائز حسن النية (م 835 من ق.م).

وقد نظم القانون المدني الجزائري الحيازة كسبب من أسباب كسب الملكية، في المواد من 808 إلى 843 من ق.م، مبينا شروطها وأحكامها وحمايتها، وكذا الآثارالقانونية المترتبة عليها ؛ وظاهر من نصوص هذه المواد في عمومها، أن دعوى الحيازة ليس الغرض منها في الواقع إلا حماية وضع اليد من حيث هو، بغض النظر عن كنه أساسه وعن مشروعيته، لإعتبارات إجتماعية تتصل بالمصلحة العامة.

3- موضوع الحيازة :

إن الأشياء المادية التي يجوز التعامل فيها كما ذكرنا، هي وحدها التي تكون محلا للحيازة ((La Possession، سواء أكانت عقارا أو منقولا ؛

---

[1]- د. محمد الأمين، التقادم المكسب للملكية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1993، ص 20 وما بعدها ؛ أ.علي حسن، التقادم في المواد المدنية والتجارية، المرجع المذكور، ص 127 وما بعدها.
راجع المحكمة العليا، غ.ع، 2008/07/16، ملف رقم 423832، إ.ق.غ.ع، عدد خاص، 2010، ج3، ص 274 ؛ 2008/10/15، ملف رقم 479371، م.م.ع، 2008، العدد2، ص 273 ؛ غ.م، 1997/06/25، ملف رقم 148511، م.ق، 1992، العدد2، ص11 ؛ 1993/11/10، ملف رقم 104967، م.ق، 1994، العدد1، ص 43؛ 1987/07/01، ملف رقم 40187، م.ق، 1990، العدد4، ص 20 ؛ 1985/01/09، ملف رقم 32677، م.ق، 1989، العدد4، ص 16.

[2] - د. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، ص 499.

بأن يكون العقار غير مسجل وغير ثابت الملكية لأحد (لأنه لا تجتمع دعوى الملكية ودعوى الحيازة) ؛ **أما الأشياء المعنوية غير المادية**، كالحقوق الشخصية، والحقوق الفكرية، كالإنتاج الفكري، أوالذهني، أو الفني، أو البراءات...، لا تكون محلا للحيازة من الناحية القانونية.

كما أنه لا ترد الحيازة على المحل التجاري، ولا على أموال التركة، ولا على الديون، باعتبارها أمورا تتكون في الحقيقة من عناصر مادية ومعنوية ؛ باستثناء الحيازة الواردة على ملكية السند لحامله، باعتبارها حقا عينيا، لأن السند في هذه الحالة وإن كان يثبت حقا شخصيا فهو شيء مادي بالأساس.[1]

كما أن الأشياء المادية الخارجة عن دائرة التعامل، التي يمنع القانون التعامل فيها، كالأموال العامة المملوكة للدولة مثلا، فإنه لا يجوز إكتسابها بطريق بالحيازة مهما طالت مدتها ؛[2] فإن أموال الدولة تعد ملكا عاما للدولة، لا تخضع للتقادم المكسب.[1]

---

[1]- فالحق الشخصي لا يصلح قانونا أن يكون محلا للحيازة، لأن موضوعه ليس شيئا ماديا ؛ باستثناء الديون الثابتة في السندات لحاملها. ومن المعلوم ههنا أن الحيازة ((La Possession والتقادم والشفعة والوقف والرهن الرسمي لا ترد إلا على الحقوق العينية، أما الحق الشخصي فإنه لا يكسب بالتقادم ولكن يزول به.

انظر في تفصيل ذلك: د. بلحاج العربي، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، دار هومه، ج1، 2014، ص 32.

[2]- من المقرر قانونا، أنه: **لا يجوز التصرف في أموال الدولة أو حجزها أو تملكها بالتقادم، مهما طالت مدة الحيازة المنصبة عليها (م 688 و689 من. ق.م ؛ والقانون رقم 83/18 المؤرخ في 1983/08/13)**. ومن ثم، لا يمكن الحصول على ملكية أرض مملوكة للدولة من طرف الطاعنين عن طريق الحيازة ؛ ومتى كان كذلك إستوجب رفض الطعن."

انظر **المحكمة العليا**، غ.ع، 2002/04/24، ملف رقم 228753، غير منشور ؛ 2002/04/24، ملف رقم 226275، غير منشور ؛ غ.م، 1990/10/21، ملف رقم 73271، م.ق، 1992، العدد1، ص 143 ؛ 1993/01/27، ملف رقم 100370، المرجع نفسه، 1995، العدد1، ص 107. وراجع **بلعموري نادية**، أحكام الأموال العمومية في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2002 ؛ **بوعجناق سمير**، تطور المركز القانوني للإملاك الوطنية في الجزائر، رسالة ماجستير، الجامعة نفسها، 2002 ؛ **شريف حسان**، الأملاك الوطنية الخاصة في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، الجامعة نفسها، 2006.

"غير أنه يجوز التمسك بالحيازة في الأملاك الخاصة للدولة، والمطالبة بحمايتها، كرفع دعوى منع التعرض في مواجهة الغير، أما حق الملكية فلا يجوز الإدعاء به، لأن النصوص القانونية لا تكرس ذلك للحائز للأملاك الوطنية الخاصة."

وتبقى ملكا للدولة أراضي العرش، والبلديات المدمجة ضمن الصندوق الوطني للثورة الزراعية (م 85 من القانون رقم 25/90 المعدلة بالقانون رقم 26/95).[2] فلا يجوز التصرف في أراضي العرش، باعتبارها ملكا للدولة، ولا تخضع بأي حل لأحكام الميراث (م 85 من القانون رقم 25/90، و13 من الأمر رقم 26/95 و18 من القانون رقم 30/90 المنظم لأملاك الدولة).[3]

فلا يجوز التمسك بالتقادم المكسب لتملك أموال الدولة بأي حال، مهما طالت مدة الحيازة؛[4] فلا يمكن اكتساب الأملاك الوطنية العامة أو الخاصة بالتقادم، وليس لأي كان حق الأولوية فيها، وفقا لمبدأ عدم قابلية الأملاك العامة للتملك بالتقادم، طبقا للمادة 689 من ق.م و4 من القانون رقم

المحكمة العليا، غ.ع، 2007/05/09، ملف رقم 228993، إق.غ.ع، م.م.ع، عدد خاص، ج3، 2010، ص 399 ؛ 2002/10/13، ملف رقم 277874 ؛ غير منشور ؛ 2003/02/19، ملف رقم 239797، إق.غ.ع، م.م.ع، عدد خاص، ج3، 2010، ص 97 ؛ 2001/10/24، ملف رقم 218221، غير منشور ؛ 2000/04/26، ملف رقم 196049، إق.غ.ع، م.م.ع، عدد خاص، 2004، ج2، ص289.

[1]- **المحكمة العليا**، غ.ع، 2000/07/26، ملف رقم 198170، غير منشور.

[2]- **المحكمة العليا**، غ.ع، 2011/02/10، ملف رقم 639262، م.م.ع، 2012، العدد1، ص 166.

[3]- **المحكمة العليا**، غش.أ.م، 2013/06/13، ملف رقم 753558، م.م.ع، 2013، العدد1، ص 277.

[4]- **المحكمة العليا**، غ.ع، 2000/11/22، ملف رقم 200495، إق.غ.ع، عدد خاص، 2004، ج2، ص216؛ 2001/07/26، ملف رقم 198170، المرجع نفسه، ص 223 ؛ تعليق أ. **بوتارن فايزة**، ص 227.

لا ترد الحيازة على أملاك الدولة، طبقا لأحكام المادة 39 من القانون رقم 25/90 المتضمن التوجيه العقاري، المعدل والمتمم بالأمر رقم 26/95. أنظر **المحكمة العليا**، غ.ع، 2013/05/09، ملف رقم 770511، م.م.ع، 2014، عدد2، ص 291 ؛ غ.م، 2000/07/26، ملف رقم 198170، غير منشور ؛ 2000/01/26، ملف رقم 191108، غير منشور.

"**إن أراضي المستثمرات الفلاحية أملاك وطنية، غير قابلة للإكتساب بالتقادم المكسب، وفقا لأحكام المادتين 773 و827 من ق.م.**" **المحكمة العليا**، غ.ع، 2014/06/12، ملف رقم 851484، م.م.ع، 2014، عدد1، ص 367؛ 2007/05/09، ملف رقم 228993، المشار إليه. فلا يتمتع أعضاء المستثمرة الفلاحية الجماعية المستفيدون من حق الإنتفاع الدائم بصفة التقاضي إذا كانت المنازعة متعلقة بملكية الدولة لأرض المستثمرة.

في حين يجوز التمسك بالحيازة على أرض فلاحية تابعة لأملاك الدولة الخاصة موضوع حق الإنتفاع الدائم، من أجل إستغلالها والإنتفاع بها، وفقا لأحكام المادتين 824 و837 ق.م، والقانون رقم 19/87 المتضمن ضبط كيفية إستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية.

راجع **المحكمة العليا**، غ.ع، 2009/10/15، ملف رقم 546751، إق.غ.ع، عدد خاص، 2010، ج3، ص 404 ؛ تعليق د. **لحلو غنيمة**، المرجع نفسه، ص 408 وما يليها ؛ 1998/06/24، م.ق، 1999، العدد1، ص 72 ؛ 2000/04/26، ملف رقم 196049، غير منشور.

أنظر لتفاصيل أكثر: د. **صالح باي محمد الشريف**، مكانة الحيازة في القانون المدني، إق.غ.ع، عدد خاص، ج2، 2004، ص 140 و141.

30/90 المؤرخ في 1990/12/01 المتضمن تنظيم الأملاك الوطنية.[1] كما أن الأموال الموقوفة المحبوسة وفقا لأحكام الوقف لا يجوز تملكها بالحيازة.[2]

وبالإضافة إلى هذا، لا تقوم الحيازة على مجرد رخصة، أوعمل يتحمله الغير على سبيل التسامح، وهي ما يسمى ب "أعمال الإباحة" أو المباحات المبنية على التسامح.[3] فإن التسامح لا يمكن أن يستعمل كأساس للحيازة،[4] فلا يعتبر الشخص الذي يباشر هذه الأعمال المادية المبنية على التسامح على الشيء حائزا له مهما طال الزمن ؛ ومن ثم، فلا تقوم الحيازة في مثل هذه الأعمال، لإنتفاء عنصري الحيازة معا. فلمالك العقار أن يسترده قانونا، ممن يشغله بطريق الرخصة أو الإباحة المبنية على التسامح.[5]

وتقدير أعمال التسامح من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قضاة الموضوع، ولهم أن يستعينوا بكافة الظروف والملابسات المحيطة بالدعوى ؛ فقد يستخلص التسامح من وقائع تدل على علاقات خاصة بين الطرفين، كوجود علاقة صداقة أو قرابة، بحيث لا يشعر المالك بعبء يقع عليه من الأعمال التي تباشر على ملكه.[6]

ومثال ذلك : أن يمر شخص على أرض جاره، فيتركه الجار تسامحا منه ؛ فهذا المرور لا يكسب الجار حق ارتفاق بالمرور بالحيازة، لأن التسامح لا يكسب حقا ؛ ويخضع الأمر في ذلك لتقدير قاضى الموضوع.[7]

1- المحكمة العليا، غ.ع، 1998/02/25، ملف رقم 150719، إق.غ.ع، عدد خاص، 2004، ج2، ص245 ؛ تعليق أ. بوتارن فايزة، المرجع نفسه، ص 254.

2- Voir Filali (A), Les instruments pour la promotion des biens wakfs publics en Algérie, Rev. Alg, 2013, N° Spécial, P 171.

3- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج9، ص 816 ؛ د. نبيل سعد، الحقوق العينية الأصلية، ص 478.

4- المحكمة العليا، غ.ع، 2005/09/14، ملف رقم 300879، م.م.ع، 2005، العدد2، ص 359.

5- "إن بقاء المطعون ضده في جزء من القطعة الأرضية مدة من الزمن، لا يعدو أن يكون مجرد رخصة، **لا تقوم معها الحيازة، عملا بأحكام المادة 808 من ق.م.**" المحكمة العليا، غ.ع، 2000/07/26، ملف رقم 198170، غير منشور.

6- نقض مدني مصري، 1945/01/11، م.ق، قاعدة 34، ص 450.

7- المحكمة العليا، غ.ع، 2011/05/12، ملف رقم 658179، م.م.ع، 2011، عدد2، ص 160 ؛ 2006/04/12، ملف رقم 349406، م.م.ع، 2006، العدد2، ص407 ؛ 1998/10/28، ملف

فقد نصت المادة 1/808 من ق.م، وبكل وضوح على أنه : "لا تقوم الحيازة على عمل يأتيه شخص على أنه مجرد رخصة، أو عمل يتحمله على سبيل التسامح"[1].

وفي هذا، حكمت المحكمة العليا في قرار مشهور لها بأن : "استعمال المطعون ضده للممر المتنازع عليه للمرور على القطعة الأرضية المملوكة للطاعن، لا بعقد شرعي ولا بالميراث ولا بالتقادم المكسب، دون تحديد لمدة الإستعمال، لا يعدو أن يكون مجرد رخصة، على سبيل التسامح، لا تصلح أن تكون وقائع يحتج بها للمطالبة باكتساب حق المرور بالتقادم، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه."[2]

كما قضت المحكمة العليا في قرار آخر، بأن : "**المانع الأدبي، المتمثل في صلة القرابة، يجعل الحيازة مشوبة بعيب اللبس**، فلا يسري التقادم كلما وجد مانع يمنع الدائن من المطالبة بحقه، وفقا لأحكام المواد 808 و816 و832 و833 من ق.م"[3].

4- شهادة الحيازة الواردة في القانون 25/90 :

نصت المادة 30 من القانون رقم 25/90 المؤرخ في 1990/11/18 المتضمن التوجيه العقاري، على أنه : "**يجب على كل حائز لملك عقاري، أو شاغل إياه، أن يكون لديه سند قانوني يبرر هذه الحيازة أو أو هذا الشغل** (Tout détenteur ou occupant d'un bien foncier doit disposer d'un titre légal justifiant cette détention ou cette occupation)."

وهي الأحكام المتعلقة ب "**شهادة الحيازة**" (Le certificat de possession) المنصوص عليها خاصة في المادتين 2 و39 من القانون رقم 25/90 المؤرخ في

رقم 181874، م.ق، 1999، العدد1، ص76 ؛ نقض مدني مصري، 1945/01/11، م.ق، قاعدة 34، ص 450.

[1]- المحكمة العليا، غ.ع، 2000/07/26، ملف رقم 198170، غير منشور.

[2]- المحكمة العليا، غ.ع، 1998/10/28، ملف رقم 181874، المشار إليه.

[3]- إن علاقة القرابة تثير اللبس في الحيازة، وترجح التسامح ؛ وبالتالي تحول دون التملك بالتقادم المكسب مهما طالت المدة. راجع المحكمة العليا، غ.ع، 2006/04/12، ملف رقم 349406، غير منشور ؛ 2000/07/31، ملف رقم 197177، إ.ق.غ.ع، م.م.ع، عدد خاص، 2004، ج2، ص 211.

1990/11/18 المتضمن التوجيه العقاري[1]، المعدل والمتمم بالأمر رقم 26/95 المؤرخ في 1995/09/25[2]، والمكمل بالمرسوم التنفيذي رقم 254/91 المؤرخ في 1991/07/27 المتضمن كيفيات إعداد شهادة الحيازة وتسليمها (م 2 و3 منه)؛ والتي تقضي بأنها مقتصرة أصلا على الأراضي غير المبنية، بأن يتعلق الأمر بأراضي **الملكية الخاصة التي لم تحرر عقود بشأنها تثبت ملكيتها**[3]، وتقع في بلدية لم يتم إعداد سجل مسح الأراضي فيها[4].

ومن ثم، **تشكل شهادة الحيازة المستحدثة وفقا للمادة 39 من القانون** 25/90 سندا قانونيا، بمفهوم المادة 30 من نفس القانون[5]؛ فلا يمكن دحضها باعتبارها سندا قانونيا رسميا، إلا عن طريق دعوى الإبطال[6].

أ- شروط الحصول على شهادة الحيازة

تقضي أحكام المادة 30 من القانون رقم 25/90 المتضمن التوجيه العقاري المذكور، بأنه : **يجب على كل حائز لملك عقاري، أن يكون لديه سند قانوني يبرر هذه الحيازة** (Titre possessoire). كما أن مقتضيات المادة 39 من نفس القانون تنص بأنه : **لا يمكن إستصدار شهادة الحيازة على الأرض، إلا إذا توفرت شروط الحيازة المنصوص عليها قانونا في المادة 823** من ق.م ؛ بأن يكون حائزا، وانعدام سند الملكية للعقار موضوع هذه الشهادة[7]؛ أي بضرورة **توافر حيازة قانونية صحيحة، مستمرة غير متقطعة،**

---

[1] - الجريدة الرسمية، العدد 49، مؤرخة في 1990/11/18.

[2] - الجريدة الرسمية، العدد 55، مؤرخة في 1995/12/27.

[3] - ومن ثم، تستبعد من شهادة الحيازة الأملاك الوطنية العامة والخاصة، وكذا الأملاك العقارية الوقفية. **المحكمة العليا**، غ.ع، 2000/04/28، ملف رقم 196049، م.ق، 2000، عدد 1، ص 30؛ 1998/06/24، ملف رقم 181645، م.ق، 1998، عدد 1، ص 72.

[4] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2012/06/14، ملف رقم 720039، م.م.ع، 2012، عدد2، ص 407. راجع المواد 38 إلى 46 من القانون رقم 25/90 المتضمن التوجيه العقاري التي أشارت إلى شروطها وآثارها القانونية، وكذا المرسوم التنفيذي رقم 254/91 المؤرخ في 1991/07/27 المتضمن كيفيات إعداد شهادة الحيازة وتسليمها ؛ ومذكرة المديرية العامة للأملاك الوطنية رقم 4123 المؤرخة في 1991/10/14.

[5] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2005/03/23، ملف رقم 288085، م.م.ع، 2005، عدد 1، ص 239.

[6] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2010/09/16، ملف رقم 618014، م.م.ع، 2010، ج2، عدد خاص، ص 239.

[7] - **"من المقرر قانونا، أنه لا تحرر شهادة الحيازة إلا على أراضي الملكية الخاصة، التي لم تحرر عقودها، ولم يتم إعادة سجل مسح الأراضي فيها (م 39 من القانون رقم 25/90 المتعلق بالتوجيه العقاري، و823 من ق.م)).**"

وهادئة وعلانية لا يشوبها عيب (م 827 وما بعدها من ق.م، و524 وما بعدها من ق.إ.م.إ الجديد)، وكذا إنعدام سند الملكية للعقار محل النزاع موضوع هذه الشهادة، في المناطق التي لم يتم فيها إعداد سجل مسح الأراضي العام؛ وهي تخضع قانونا لإجراءات التسجيل والشهر العقاري.[1]

فلا تعد شهادة الحيازة شرطا لممارسة دعوى الحيازة، وفقا للإجتهادات القضائية الغرفة العقارية بالمحكمة العليا؛[2] إذ يكفي إثبات الحيازة بشروطها وعناصرها، وتأكد القاضي من ذلك، لقبول دعوى الحيازة.[3] كما أنه لا ترقى شهادة التواجد بالأمكنة على سبيل الإقامة بها المسلمة من طرف مصالح البلدية، إلى شهادة الحيازة المنصوص عليها في قانون 25/90 المتضمن التوجيه العقاري.[4] كما أن الإدعاء بالتقادم المكسب كوسيلة لإثبات الحق في الملكية، وفقا لأحكام المرسوم رقم 352/83 المؤرخ في 1983/05/21 المتضمن إجراءات إثبات التقادم المكسب لمدة 15 سنة، مع تقديم شهادة الحيازة لاحقا، لا يعد رفعا لدعوى الحيازة؛ ومن ثم ليس هناك خرقا لأحكام المادة 418 من ق.إ.م.[5]

راجع المحكمة العليا، غ.ع، 2006/01/18، ملف رقم 333926، إ.ق.غ.ع، عدد خاص، 2004، ج2، ص 128 و133 و137.

[1] - المحكمة العليا، غ.ع، 2013/05/09، ملف رقم 770511، م.م.ع، 2014، عدد2، ص 291؛ 2010/02/14، ملف رقم 572238؛ 2007/02/14، ملف رقم 386808؛ 2006/01/18، ملف رقم 333926، إ.ق.غ.ع، عدد خاص، 2004، ج2، ص 128 و133 و137؛ 1987/07/01، ملف رقم 40184، م.ق، 1990، العدد4، ص 18.

أنظر د. لحلو غنيمة، مفهوم وفحوى المادة 30 من القانون رقم 25/90، تعليق على القرار رقم 386808، إ.ق.غ.ع، عدد خاص، 2004، ج2، ص 142 وما بعدها؛ سماعين شامة، النظام القانوني للتوجيه العقاري الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2002، ص 57 وما بعدها؛ أ. حمدي باشا عمر، محررات شهر الحيازة، دار هومه، الجزائر، 2004، ص 105 و147 وما بعدها؛ محي الدين عواطف، الملكية الخاصة للعقار الفلاحي من خلال قانون التوجيه العقاري، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة تلمسان، العدد7، 2009، ص 161 وما بعدها.

Voir Lahlou-Khiar Ghenima, Sens et portée de l'article 30 de la loi 90/25, Rev. Cour suprême, 2010, N° Spécial, t.3, P 155.

[2] - المحكمة العليا، غ.ع، 2007/02/14، ملف رقم 386808، م.م.ع، 2007، العدد1، ص 435.

[3] - المحكمة العليا، غ.ع، 1999/03/24، ملف رقم 187320؛ 1998/10/28، ملف رقم 181914؛ أشار إليهما أ. حمدي باشا عمر، محررات شهر الحيازة، المرجع المذكور، ص 169.

[4] - المحكمة العليا، غ.ع، 2006/01/18، ملف رقم 334674، م.م.ع، 2006، العدد2، ص 371.

[5] - المحكمة العليا، غ.ع، 2000/07/26، ملف رقم 200373، تعليق أ. بوتارن فايزة، م.م.ع، عدد خاص، 2004، ج2، ص 353.

فإن المادة 39 من القانون المذكور، **تشترط لإعداد شهادة الحيازة : ان لا يكون للأرض سند قانوني، وأن لا تكون واقعة في أرض ممنوحة**، لأنها تمثل في الحقيقة بالنسبة للمشرع الجزائري أداة لتطهير الوعاء العقاري، وتكريس الملكية الخاصة للعقار الفلاحي في إطار تنظيمي، بإرجاع الأراضي الفلاحية لملاكها الأصليين ؛[1] وتملك الأراضي الفلاحية بطريق الإستصلاح، وخاصة في الأراضي الصحراوية،[2] وخوصصة العقار الفلاحي المملوك للدولة،[3] **لأن الأرض ملك لمن يقوم بخدمتها** (م 1/692 من ق.م) ؛[4] وفقا للمخطط الوطني للتنمية الفلاحية الجزائرية، بحل جميع إشكاليات الملكية العقارية في المجال الفلاحي، بتشجيع وترقية وتدعيم المستثمرات الفلاحية لتحقيق الأمن الغذائي المنشود.[5]

ب- أثار تسليم شهادة الحيازة

لا تمنح شهادة الحيازة على أملاك عقارية مبنية، ليس للمدعي أي سند يثبت ملكيته للقطعة الأرضية المتنازع عليها ؛[6] **فإن شهادة الحيازة لا ترد قانونا إلا على الملكية العقارية الخاصة التي ليس لها عقود**، بحسب مقتضيات المادة 823 و827 وما يليها من ق.م، والتي لم يشملها مسح الأراضي العام طبقا لأحكام المادة 39 من القانون رقم 25/90 المتضمن

---

[1] - المادة 76 من القانون رقم 25/90 المتضمن التوجيه العقاري.

[2] - المادة 19 من القانون رقم 25/90 المتضمن التوجيه العقاري ؛ وراجع القانون رقم 18/83 المتعلق بأحكام إستصلاح الأراض الصحراوية والإطار القانوني التنظيمي لإكتساب الملكية العقارية الفلاحية، وكذا المرسوم التنفيذي رقم 289/92.

[3] - وهذا بموجب القانون رقم 19/87، المصادق عليه من مجلس الوزراء بتاريخ 1997/12/14 تحت رئاسة فخامة رئيس الجمهورية.

[4] - **المحكمة العليا**، غ.م، 1988/05/11، ملف رقم 53572، م.ق، 1991، عدد2، ص 17.

[5] - أنظر **د. عجة الجيلالي**، أزمة العقار الفلاحي، ومقومات تسويتها، دار الخلدونية، الجزائر، 2005، ص 238 ؛ **بن يوسف رقية**، شرح قانون المستثمرات الفلاحية، د.و.أ.ت، الجزائر، 2001، ص 196 وما يليها ؛ **سماعين شامة**، النظام القانوني للتوجيه العقاري الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2002، ص 57 وما بعدها ؛ **محي الدين عواطف**، الملكية الخاصة للعقار الفلاحي من خلال قانون التوجيه العقاري، المقال المذكور، ص 165 و166.

[6] - **مجلس الدولة**، 2012/07/19، تحت رقم 386، منشور في المنتقى في قضاء محكمة التنازع ومجلس الدولة للأستاذ لحسن آث ملويا، ، دار هومه، الجزائر، 2014، ص 363.
Voir Lahlou-Khiar Ghenima, Le certificat de possession, Rev. Cour suprême, 2004, N° Spécial, t.2, P 167.

التوجيه العقاري.[1] فإن نص المادة 39 من القانون رقم 25/90 يمنح شهادات الحيازة للحائزين لأرض لم يتم مسحها،[2] فلا تسلم شهادة حيازة قطعة أرض، رغم توفر شروط الحيازة، إذا كان لهذه القطعة الأرضية سند للملكية، بعد معاينة عدم الإعتراض في الآجال المحددة في المادتين 10 و11 من المرسوم رقم 254/91.[3]

فإن نظام شهادة الحيازة في القانون العقاري الجزائري، جاء في الحقيقة لحث المواطنين الذين يحوزون بالمناطق التي لم تشملها بعد عملية المسح العقاري، الحصول على سند حيازي قانوني من طرف رئيس البلدية الكائن بدائرة إختصاصها العقار محل الطلب بحسب الأشكال والشروط المحددة قانونا؛ وذلك للمساهمة في تكوين السجل العقاري ومجموعة البطاقات العقارية، وذلك في إطار عملية إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، وفقا للأمر رقم 74/75 المؤرخ في 1975/11/12.[4] ومن ثم تنظيم الثروات العقارية، ودفع التنمية الشاملة التي تسعى الجزائر لتحقيقها؛[5] فإن إتمام عملية مسح الأراضي العام، ستؤدي إلى تصفية نهائية للأملاك العقارية، وتشخيص هذه الممتلكات وتثبيتها لأصحابها، فلا يتصور بعد إجرائه تسليم شهادة الحيازة.[6]

---

[1] - لا يجوز إعداد شهادة الحيازة، على الأراضي التابعة للأملاك العامة، لأنه لا ينطبق عليه الوصف المحدد في المادة 39 من القانون رقم 25/90. **المحكمة العليا**، غ.ع، 2013/05/09، ملف رقم 770511، م.م.ع، 2014، عدد2، ص 291.

[2] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2008/10/15، ملف رقم 479371، ن.ق، 2014، العدد67، ص 187.

[3] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2013/05/09، ملف رقم 770511، م.م.ع، 2014، عدد2، ص 291؛ 2010/02/14، ملف رقم 572238؛ 2007/02/14، ملف رقم 386808؛ تعليق **د. لحلو غنيمة**، إق.غ.ع، عدد خاص، 2010، ج3، ص 142 وما بعدها؛ 2006/01/18، ملف رقم 333926، إق.غ.ع، عدد خاص، 2004، ج2، ص 128 و133 و137.

[4] - المكمل والمتمم بالمرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، والمرسوم رقم 210/80 المؤرخ في 1980/09/13؛ والمرسوم رقم 254/89 المؤرخ في 1989/12/19، بالمرسوم رقم 62/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام؛ والمرسوم رقم 63/92 المؤرخ في 1992/02/12؛ والمرسوم رقم 115/2000 المؤرخ في 2000/05/24.

[5] - راجع **د. لحلو غنيمة**، شهادة الحيازة في قانون التوجيه العقاري، إق.غ.ع، عدد خاص، 2004، ج2، ص 143 وما بعدها؛ مفهوم وفحوى المادة 30 من القانون رقم 25/90، المجلة نفسها، 2010، ج3، ص 142؛ **د. صالح باي محمد الشريف**، مكانة الحيازة في القانون المدني، نفس المجلة، 2004، ج2، ص 131؛ أ. **حمدي باشا عمر**، عقد الشهرة وشهادة الحيازة، دار هومه، ط2، 2004، ص 109 وما بعدها.

[6] - أ. **حمدي باشا عمر**، محررات شهر الحيازة، المرجع المذكور، ص 118.

وبخصوص شروط وإجراءات تسليم شهادة الحيازة، ينص المشرع العقاري الجزائري على أنه : يكلف رئيس البلدية الكائن بدائرة إختصاصه العقار المحاز محل الطلب وفقا لأحكام القانون رقم 25/90، بفحص الملف والتحقيق والتحري، بتسليم شهادة الحيازة لمن تثبت حيازته، بصفة قانونية مستمرة وهادئة وعلنية لقطعة أرضية خاصة غير مبنية، من نوع الملك الخاص، لم تحرر عقودها بشأنها تثبت ملكيتها، في المناطق التي لم يتم فيها إعداد سجل مسح الأراضي، وهي المناطق غير المسوحة ؛ بأن يحصل على سند حيازي يسمى **"شهادة الحيازة"** (Le certificat de possession).

وتخضع شهادة الحيازة لشكليات التسجيل والشهر العقاري : فلا يتم تسليم هذه الشهادة إلا بعد تسجيلها بمصلحة التسجيل، وكذا شهرها بالمحافظة العقارية المختصة إقليميا ؛ إذ يجب إشهار السند الحيازي ضمن مجموعة البطاقات العقارية التي تنشأ بمناسبة إشهار شهادات الحيازة، وفقا للمادة 42 من قانون رقم 25/90، والمواد 10 و11 و16 من المرسوم التنفيذي رقم 254/91 المؤرخ في 1991/07/27 المحدد لكيفية إعداد شهادة الحيازة وتسليها ؛ والمادتين 113 و114 من المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم.

ونظرا لكون **شهادة الحيازة لها الطابع الشخصي، لأنها شهادة إسمية ترد بإسم الحائز الظاهر**، وفقا لشروط الحصول على هذه الشهادة المحددة في المادتين 39 و42 من القانون رقم 25/90 من القانون رقم 25/90 المتضمن قانون التوجيه العقاري،[1] فتسلم الشهادة شخصيا لصاحبها، سواء أكان منفردا أو جماعة ؛ ومن ثم فإنه لا يجوز التصرف فيها بالبيع أو الهبة.

وهي وفقا للنصوص التي أشارت إليها، **لا تغير الوضعية القانونية للعقار محل الحيازة**، لأن المتحصل عليه هو مجرد حائز ليس إلا، إلى حين تصفية الوضعية النهائية للعقار المحاز ؛ فهي لا تسمح لصاحبها سوى القيام بالأعمال التي من شأنها تحسين قيمة العقار موضوع الحيازة، ولا تخوله

---

[1] - وكذا المرسوم التنفيذي رقم 254/91 المؤرخ في 1991/07/27، الذي يحدد إجراءات إستصدار شهادة الحيازة وكيفية إعدادها وتسليمها.

كل الخصائص المتعلقة بحق الملكية (م 43 و47 من نفس القانون) ؛ كما أنها لا تنتقل إلى الخلف العام، إلا بطلب من جديد من الورثة الشرعيين، في مهلة سنة من تاريخ وفاة الحائز حامل الشهادة المذكورة، فتسلم لهم شهادة حيازة جديدة بإسمهم (م 2 من المرسوم رقم 254/91).[1]

ومع ذلك، **فإن بعض الآثار القانونية المترتبة عن تسليم شهادة الحيازة، تجعل صاحب السند الحيازي** (Titre possessoire) في مرتبة المالك ؛ إذ أنه يستطيع طبقا للمادة 44 من القانون رقم 25/90، أن يرتب رهن عقاري على العقار محل الحيازة، ضمانا لقروض للأمد المتوسط أو الطويل، بغرض تمويل موسم فلاحي أو مشروع بناء، لتشجيع الإستثمار وتسهيل إستغلال العقار ؛ بخلاف المادة 2/884 من ق.م التي تشترط أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون. ومن ثم، **تشكل شهادة الحيازة وفقا للمادة 39 من القانون 25/90** المتضمن قانون التوجيه العقاري، **سندا قانونيا، بمفهوم المادة 30 من نفس القانون.**[2]

كما أن المادة 34 من المرسوم التنفيذي رقم 176/91 المؤرخ في 1991/05/28 الذي يحدد كيفيات تحضير شهادة التعمير، تجيز لصاحب السند الحيازي الحق في الحصول على أي شهادة من شهادات البناء والتعمير ؛ في حين أن المادة 50 من القانون رقم 29/90 المؤرخ في 1990/12/01 المتضمن قواعد التهيئة والتعمير تنص على أن حق البناء والتعمير مقصور على المالك الذي له سند ملكية مشهر.

ويجوز للحائز المتحصل على شهادة الحيازة المشهرة بالمحافظة العقارية، أن يطالب بالقسمة للخروج من الشيوع، وله أيضا حق إثارة مدة التقادم المكسب أثناء تصفية الوضعية القانونية للعقار المعني بشهادة الحيازة في إطار عملية المسح العقاري العام (م 14 من المرسوم التنفيذي رقم 254/91) ؛ كما أن له الحق في التسجيل في سجلات الفلاحة للحصول على بطاقة فلاح.

---

[1] - أ. حمدي باشا عمر، محررات شهر الحيازة، المرجع المذكور، ص 163 وما بعدها ؛ ولنفس الكاتب، نقل الملكية العقارية، المرجع السابق، ص 98 و99 ؛ **سماعين شامة**، النظام القانوني للتوجيه العقاري الجزائري، المرجع السابق، ص 14 وما بعدها.

[2] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2005/03/23، ملف رقم 288085 ؛ غير منشور.

كما أن شهادة الترقيم المؤقت، وفقا لأحكام الأمر رقم 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام، والمرسوم رقم 62/76 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام، تعطي لصاحبها صفة المالك الظاهر، وبالتالي صفة التقاضي (م 13 من القانون رقم 09/08) ؛ وتؤدي إلى حصوله على الدفتر العقاري، ذي القوة الإثباتية، طالما لم يطعن فيه قضائيا.[1]

وعلى هذا، يلاحظ بعض عدم الإنسجام وعدم الوضوح بشأن الأحكام المتعلقة بشهادة الحيازة، فإنها تارة تجعل من صاحب هذه الشهادة مجرد حائز لا غير، وتارة أخرى تعامله معاملة المالك، وتخوله بعض الخصائص المتعلقة بحق الملكية ؛ مما يترتب عنه نتائج مهمة جدا ؛[2] ومما يستوجب التنسيق مع الأحكام الواردة في القانون المدني، وكذا تلك المنصوص عليها في بعض التشريعات الخاصة.[3]

وإن كانت الحيازة في القانون المدني الجزائري، يمكن أن تكسب الملكية أو الحق العيني محل الحيازة، بعد مرور مدة زمنية معينة (وهو التقادم المكسب كسبب من أسباب كسب الملكية) ؛[4] إذا توافر للحيازة عنصراها المادي والمعنوي، ونشأت صحيحة غير غامضة، خالية من العيوب، مستندة إلى سبب صحيح (م 823 و827 و828 و829 من ق.م).[5]

والحقيقة أن شهادة الحيازة ما تزال تثير في الحقيقة عدة إشكاليات ومنازعات منذ صدور قانون التوجيه العقاري عام 1990، والمراسيم التنفيذية المكملة له، بما فيها مشكلات ظهور المالك الحقيقي للعقار

---

[1] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2006/11/15، ملف رقم 367715 ؛ غير منشور.

[2]- Voir Lahlou-Khiar Ghenima, Le certificat de possession, Rev. Cour suprême, 2004, N° Spécial, t.2, P 167.

[3] - أ. **حمدي باشا عمر**، محررات شهر الحيازة، المرجع المذكور، ص 153 وما بعدها ؛ أ. **زروقي ليلى**، شهادة الحيازة، محاضرة ألقيت في المعهد الوطني للقضاء، الدفعة 11، للعام 2001/2000 ؛ ولنفس الكاتبة، التقنيات العقارية، ج1، العقار الفلاحي، د.و.أ.ت، 2000، ص 31 وما بعدها.

[4] - راجع لاحقا آثار الحيازة كسبب من أسباب كسب الملكية.

[5] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2013/07/11، ملف رقم 0765293، غير منشور ؛ 2008/07/16، ملف رقم 423832، م.م.ع، عدد خاص، ج2 ؛ 2008/05/14، ملف رقم 448006، م.م.ع، عدد خاص، ج3 ؛ 1987/07/01، ملف رقم 40189، م.ق، 1989، العدد4، ص 20.

المحاز، وكذا مشكلات الإختصاص القضائي ؛ فبعض المنازعات تعود لإختصاص القضاء العادي العقاري للفصل في دعاوى الحيازة التي يقوم برفعها صاحب السند الحيازي (م 817 إلى 826 من ق.م، و511 و512 من ق.إ.م.إ الجديد) ؛ وبعضها يعود إلى إختصاص القضاء الإداري (كما هو الحال في الدعوى المرفوعة مثلا ضد رئيس البلدية، أو ضد الغرفة الإدارية الجهوية، أو ضد المحافظ العقاري).

5-عنصرا الحيازة :

الحيازة كما أشرنا، **هي وضع مادي**، يسيطر به الحائز سيطرة فعلية على الشيء المادي المحاز، **وظهور هذا الشخص بمظهر مالك** هذا الشيء أو صاحب الحق العيني، بأن يمارس الحيازة بحسن نية، وبصفة مستمرة غير متقطعة وهادئة وعلنية لا تشوبها شبهة. وعلى هذا، فالحيازة **قانونا تتكون من عنصرين مهمين : عنصر مادي، وعنصر معنوي :**

أ- العنصر المادي :

وهو يتمثل في السيطرة المادية الفعلية على الشيء، من خلال القيام بالأعمال المادية التي يقتضيها مضمون الحق موضوع الحيازة ؛ كزراعة الأرض الفلاحية واستغلالها، والبناء على الأرض الفضاء، وسكنى الدار والإنتفاع بها ؛ أي بمعنى الاستحواذ على شيء ما، وإحرازه فعليا.

وبما أن الحيازة واقعة مادية، يتم إثباتها بجميع وسائل الإثبات، فهي مسألة موضوعية تخضع في إثباتها للقواعد العامة ؛[1] فللحائز حق مفترض أنه صاحب لهذا الحق، وله التمسك بهذا الحق لصالحه، حتى يتبين خلاف ذلك.[2] فإذا تنازع أشخاص متعددون في حيازة حق واحد، اعتبر بصفة مؤقتة

---

[1]- إن الحيازة المؤدية إلى التملك بالتقادم المكسب، باعتبارها واقعة مادية، يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات القانونية.

المحكمة العليا، غ.ع، 2008/05/14، ملف رقم 448006، ، إق.غ.ع، 2010، عدد خاص،ج3، ص 107 ؛ 2002/05/22، ملف رقم 232683، م.ق، 2003، عدد1، ص 326 ؛ 2002/01/23، ملف رقم 223939، م.ق، 2003، العدد1 ؛ 2000/11/22، ملف رقم 201544، إق.غ.ع، 2004، عدد خاص،ج2، ص 283 ؛ 1994/11/15، ملف رقم 110173.

[2]- نقض مدني فرنسي، 1921/12/26، دالوز الدوري، 1، 1925، 1، 140.

أن حائزه هو من كانت له الحيازة المادية الفعلية، إلا إذا كان قد اكتسب هذه الحيازة عن طريق التدليس (م 822 من ق.م).

فإذا تخلى الحائز عن سيطرته المادية الفعلية على هذا الشيء، زالت الحيازة قانونا ؛ ومن ثم يلزم أن يباشر الحائز أعمال السيطرة المادية الفعلية على الشيء المحاز، بصفة هادئة مستمرة، أو منتظمة في فترات متقاربة، بعنصريها المادي والمعنوي ؛ بعيدا عن القوة أو الإكراه والخفاء والغموض (م 2/808 من ق.م).[1]

ومن ثم، يستوجب على قضاة الموضوع في المنازعات المتعلقة بالحيازة التحقق من الشروط المتعلقة بها، ومناقشة كافة الطلبات والدفوع، للتأكد من وجود تصرفات مادية بنية التملك، ووجود الحيازة الفعلية الممارسة طيلة المدة المنصوص عليها قانونا، لتمكين المحكمة العليا من ممارسة رقابتها.[2]

فإذا كان الحائز غير كامل الأهلية، فإن مباشرة الأعمال المادية تتم عن طريق نائبه القانوني ؛ فيجوز لغير المميز أن يكسب الحيازة عن طريق من ينوب عنه نيابة قانونية طبقا لأحكام المادة 809 من ق.م.

وتصح الحيازة بالوساطة، من الناحية القانونية (La possession exercée par un intermédiaire) عملا بأحكام المادة 810 من ق.م، **متى كان الوسيط يباشرها بإسم الحائز، وكان متصلا به، إتصالا يلزمه الإئتمان** بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيازة ؛[3] **وعند الشك يفترض أن مباشر الحيازة**

"ولما كان من الثابت في قضية الحال، أن قضاة الإستئناف بقضائهم بخروج الطاعن الحائز للقطعة الأرضية المتنازع عليها، لتأكدهم أنه ليس صاحب الحق، طبقوا صحيح القانون ؛ ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بخرق القانون غير سديد يستوجب رفضه...". راجع **المحكمة العليا**، غ.م، 1990/02/21، ملف رقم 58011، م.ق، 1993، عدد2، ص22.

[1] - **المحكمة العليا**، غ.م، 1987/07/01، ملف رقم 40189، م.ق، 1989، عدد4، ص20.

[2] - :"يراقب قضاة الموضوع في حالة المنازعة في عقد الإشهار الذي يثبت الإعتراف بالملكية عن طريق التقادم المكسب، مدى توافر الشروط المتعلقة بالحيازة طبقا لأحكام المادة 827 من ق.م.ج."
المحكمة العليا، غ.ع، 2000/10/17، ملف رقم 198951، م.ق، 2001، عدد2، ص 253 ؛ 2001/04/25، ملف رقم 206394، م.ق، 2003، العدد1، ص313 ؛ غ.م، 2001/10/03، ملف رقم 255349، م.ق، 2001، عدد2، ص143 ؛ 1985/01/09، ملف رقم 32677، م.ق، 1989، العدد4، ص 16.

[3] - **المحكمة العليا**، غ.م، 2000/04/26، ملف رقم 196053، م.ق، 1991، العدد1، ص239.

إنما يحوز لنفسه، فإذا كانت الحيازة إستمرارا لحيازة سابقة افترض أن هذا الإستمرار هو لحساب البادئ بها.[1]

ونلاحظ أنه **لا يجوز الإدعاء بالحيازة تجاه أملاك الدولة، إذ لا يمكن اكتسابها بالتقادم المكسب** (م 689 من ق.م)[2]، غير أنه يجوز للمدعي أن يتمسك بحيازتها المادية الفعلية تجاه الغير، الذي قد يتعرض لحيازته بدون وجه حق، من خلال دعاوى حماية الحيازة (م 817 إلى 826 من ق.م).[3]

ب- العنصر المعنوي :

وهي ظهور الحائز بمظهر مالك الشيء، **أي قصد أو نية الظهور بمظهر صاحب الحق الشرعي**، بأن تكون مباشرة الأعمال المادية لحساب نفسه لا لحساب غيره. **وهو عنصر مفترض في الحيازة المادية**، ومن ثم على من ينازع الحائز ذلك، إقامة الدليل على عدم توافر نية التملك لدى الحائز، وإثبات أنه يباشر السيطرة الفعلية المادية على الشيء لحساب الغير.[4] **فالحائز لحق يفترض أنه صاحب هذا الحق، وهذا حتى يتبين خلاف ذلك**، عملا بأحكام المادة 823 من ق.م (Le possesseur d'un droit est présumé en être le titilaire jusqu'à preuve contraire).

فمن حاز شيئا حيازة مادية، فإن العنصر المعنوي متحقق لديه، حتى يثبت عكس ذلك ؛ ونية إكتساب الحق المندمجة بالحيازة المادية قرينة

---

[1]- **المحكمة العليا**، غ.م، 2000/04/26، ملف رقم 196053، المشار إليه.

[2]- "لا يجوز تملك أملاك الدولة ولا الأموال العمومية بالتقادم المكسب، ومن ثم فإن حكم القاضي المتضمن حماية الحيازة في أملاك الدولة، لا يكرس أي حق ملكية للحائز."

المحكمة العليا، غ.ع، 1998/02/25، ملف رقم 150719، إ.ق.غ.ع، 2004، عدد خاص، ج2، ص245 ؛ 2000/11/22، ملف رقم 200495، إ.ق.غ.ع، 2004، عدد خاص، ج2، ص216 ؛ 2004/10/13، ملف رقم 277874، م.م.ع، 2004، عدد2، ص 299 ؛ 2014/03/13، ملف رقم 835419، م.م.ع، 2014، عدد 1، ص 360.

[3]- **المحكمة العليا**، غ.ع، 2000/04/28، ملف رقم 196049، إ.ق.غ.ع، 2004، عدد خاص، ج2، ص289 ؛ غ.ع، 1998/06/24، ملف رقم 181645، م.ق، 1999، عدد1، ص72.

[4]- إن الحيازة المكسبة للملكية قانونا، هي التي تتوفر فيها حسن النية.

المحكمة العليا، غ.ع، 2000/02/29، ملف رقم 195795 ؛ 2000/02/29، ملف رقم 192292 ؛ 2000/07/26، ملف رقم 195003، 2000/09/27، ملف رقم 198951 ؛ غير منشورة.

قابلة لإثبات العكس. فقد نصت المادة 823 و824 من ق.م صراحة على أنه : **يفترض دائما في الحائز لحق حسن النية، حتى يقوم الدليل على العكس.**[1]

إن حسن النية مفترض دائما لدى الحائز، ما لم يقدم الدليل على العكس، طبقا للمادة 823 من ق.م؛[2] فمن أثبت أن عنده الحيازة المادية التي توافرت شروطها من هدوء واستمرار وظهور ووضوح، جاز له التمسك بذلك قرينة على الحيازة القانونية (م 808 و826 و827 من ق.م).[3]

فلا تزول صفة حسن النية لدى الحائز إلا من الوقت الذي يصبح فيه عالما أن حيازته إعتداء على حق الغير (م 825 من ق.م). ويعد حسن النية متوفرا فيمن يحوز الحق، وهو يجهل أنه يعتدي على حق الغير، إلا إذا كان هذا الحق ناشئا عن خطأ جسيم (م 824 من ق.م).[4] **ولقضاة الموضوع السلطة التقديرية في استخلاص حسن النية وسوءها لدى الحائز**، من مظانها في الدعوى، وما يستشفونه من ظروفها وملابساتها، متى كان إستخلاصهم سائغا ومستندا على وقائع ثابتة بالأوراق.[5]

هذا، **ولا تجوز النيابة في العنصر المعنوي، إلا إذا كان الحائز عديم التمييز**؛ وهذا عن طريق من ينوب عنه نيابة قانونية،[6] لأن الحيازة واقعة مادية وليست تصرفا قانونيا حتى تشترط الأهلية (م 808 من ق.م).[7]

ومن المعلوم أن **عنصر النية لا يتوفر قانونا في الحيازة العرضية، بمجرد وضع اليد**، كما لو كان الحائز مستأجرا، أو صاحب حق الإنتفاع، أو دائنا مرتهنا حيازيا، أو محتكرا، أو تابعا، أو مستعيرا، أو

---

1 - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2000/02/29، ملف رقم 195795، غير منشور.

2 - **المحكمة العليا**، غ.م، 1990/02/21، ملف رقم 58011، م.ق، 1993، العدد2.

3 - **المحكمة العليا**، غ.م، 2001/10/03، ملف رقم 255349 ؛ 1987/07/01، ملف رقم 40187، م.ق، 1990، العدد4، ص 20.

4 - لأن مناط سوء النية المانع من اكتساب الملكية بالتقادم الخمسي، هو ثبوت علم المتصرف إليه وقت تلقي الحق، بأن المتصرف غير مالك لما تصرف فيه. **نقض مدني مصري**، 2000/05/08، طعن رقم 942، س 67 ق.

5 - **نقض مدني مصري**، 1992/01/26، طعن رقم 1026، س 43، ص 242.

6 - المادة 809 و2/817 من ق.م.

7 - **د. عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط، ج9، ص824، فقرة 269 ؛ **نقض مدني مصري**، 1970/05/19، م.أ.ن، س21، 862، 138 ؛ 1969/02/04، المجموعة نفسها، س20، 236، 28.

مودعا لديه، أو وليا أو نائبا أو وكيلا عن الغير، أو مديرا لأموال الشخص الإعتباري ؛[1] فإن الحيازة العرضية في هذه الأحوال لا تكون حيازة قانونية لتخلف العنصر المعنوي،[2] لأن الحائز يباشرها بإسم ولحساب صاحب الملك، بل يلزم الحائز قضاء برد العين محل الحيازة للمالك الأصلي لها.[3]

فإن المستأجر، أو المستعير مثلا، لا يجوز لهما قانونا مناقشة سند ملكية مالك العين المؤجرة أو المعيرة، فلا يحوزان الصفة القانونية لإثارة مثل هذا الدفع ؛ بل دفاعهما يجب أن يقتصر على مناقشة سند الإيجار أو العارية.[4] كما أنه لا يشكل عقد الرهن سندا للملكية وفقا لنص المادة 882 من ق.م، ولا يمكن الإعتماد عليه لاكتساب الملكية عن طريق الحيازة والتقادم ؛ ومن ثم، يعتبر الدائن المرتهن مجرد حائز عرضي.[5]

وعلى هذا، حكمت الغرفة العقارية لدى المحكمة العليا في قرار حديث مؤرخ في 2014/03/13، ملف رقم 844873، بأنه : **من المقرر قانونا، أن حيازة المستأجر هي حيازة عرضية، لا يحميها القانون بدعاوى الحيازة كأصل عام، لافتقادها إلى الركن المعنوي** ؛ غير أن القانون يحمي إستثناءا حيازة المستأجر للعين المتنازع عليها، عملا بأحكام المادة 487 من ق.م المعدلة بالقانون رقم 05/07 المؤرخ في 2007/05/13.[6]

كما أنها في قرار مشهور لها أشارت إلى أنه : "**يبطل كل إتفاق يجعل للدائن المرتهن الحق عند عدم إستيفاء الدين في أن يتملك العقار**

---

[1] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2011/12/08، ملف رقم 691740، م.م.ع، 2012، العدد2، ص368.

[2] - "من المقرر قانونا، أنه ليس لأحد أن يكتسب بالتقادم على خلاف سنده، ولا أن يغير بنفسه لنفسه سبب حيازته. ومن ثم فإن شغل مسكن على سبيل الإعارة لا يؤدي إلى إكتساب ملكيته عن طريق الحيازة (م 827 و831 من ق.م)".

أنظر **المحكمة العليا**، غ.ع، 2010/09/16، ملف رقم 618572، م.م.ع، 2010، العدد2، ص242؛ وفي نفس الموضوع يتعلق بالعارية: 1999/07/13، ملف رقم 180020، م.ق، 1999، العدد1، ص 137.

[3] - "إن صفة الطاعنين كمستأجرين للأمكنة، لا تسمح لهم التمسك بأي حق من حقوق الشفعة، ولا يمكن اعتبارهم كمنتفعين كذلك، حسب مفهوم المادة 844 من ق.م".

راجع **المحكمة العليا**، غ.م، 1997/11/19، ملف رقم 150100، م.ق، 1997، العدد2، ص55.

[4] - **أ. حمدي باشا**، حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هومه، الجزائر، ط2، 2014، ص88 و89.

[5] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2011/12/08، ملف رقم 691740، المشار إليه.

[6] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2014/03/13، ملف رقم 844873، م.م.ع، 2014، عدد2، ص 306.

المرهون المتنازع عليه نظير ثمن معلوم أيا كان ؛ فإن سكوت المدين عن إنهاء عقد الرهن الحيازي، وعدم قيام الدائن بأي إجراء لمطالبته بدينه **لا يعطي الحق للدائن المرتهن بتملك العقار ؛ فهو بالتالي حائز عرضي لا تتوافر فيه شروط التقادم المكسب**. وعليه فإن قضاة الموضوع باستبعادهم الحيازة باعتبارها عرضية، ما دامت إجراءات إنهاء عقد الرهن لم تتخذ وفقا للقانون، طبقوا القانون تطبيقا سليما ؛ **كما أن تمسك الطاعن بالحيازة أمام المحكمة العليا يعد غير سديد**"[1].

ونلاحظ بأنه لا يعد حائز المساحة الزائدة على ما هو ثابت بعقد البيع الناقل للملكية العقارية حائزا عرضيا، ومن ثم يتعين على قضاة الموضوع في حالة التمسك بالتقادم المكسب، البحث في مدى توفر الحيازة على شرطيها المادي والمعنوي واستمرارها المدة المحددة قانونا (م 361 و793 و831 من ق.م).[2]

6- شروط قيام الحيازة :

إن قيام الحيازة الصحيحة يقتضى توافر عنصريها المادي والمعنوي كما أشرنا، غير أن ذلك قد لا يكفى لكي تنتج الحيازة آثارها القانونية ؛ فيجعلها القانون المدني سببا لكسب الحق أو للتملك بالتقادم، ويحميها قانون الإجراءات المدنية والإدارية بدعاوى الحيازة الثلاث ؛ فإنتاج هذه الآثار القانونية مشروط بالإستمرار بدون إنقطاع، وبالهدوء بدون إكراه، والعلانية بدون خفاء، والوضوح بدون لبس أو غموض (م 2/802 و827 و828 من ق.م).[3] وتفصيل ذلك في الآتي :

---

[1]- "**من المقرر قانونا، أنه يعتبر الدائن المرتهن حائزا عرضيا ؛ فلا يشكل عقد الرهن سندا للملكية، ولا يمكن الإعتماد عليه لإكتساب الملكية عن طريق الحيازة والتقادم** (م 882 من ق.م)."
المحكمة العليا، غ.ع، 2011/12/08، ملف رقم 691740، م.م.ع، 2012، العدد2، ص 368 ؛ غ.م، 1991/03/13، ملف رقم 67227، م.ق، 1992، العدد4، ص 35 ؛ 1987/07/01، ملف رقم 10184، م.ق، 1990، العدد4، ص16.
"إن دعوى وضع معالم حدود الملكية، مقررة قانونا لصاحب العقار بسند رسمي، وليس للحائز العرضي وفق لنص المادة 703 من ق.م. ومن ثم، فإن من كسب حقا عينيا على عقار بموجب عقد الرهن، لا يجوز له قانونا رفع هذه الدعوى، إذ لا يعتبر الحق العيني حقا للملكية، عملا بأحكام المادتين 958 و968 من ق.م.ج."
المحكمة العليا، غ.ع، 2004/06/23، ملف رقم 262993، م.م.ع، 2007، عدد1، ص 407 ؛ 2003/10/22، ملف رقم 255172، م.م.ع، 2007، عدد1، ص 389.

[2]- **المحكمة العليا**، غ.ع، 2004/06/23، ملف رقم 271312، م.م.ع، 2007، عدد1، ص 417.

[3]- **مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري**، ج6، ص 451.

الشرط الأول : أن تكون الحيازة هادئة ومستمرة :

المقصود بالهدوء الذي هو شرط للحيازة المكسبة للملكية، بالا تقترن بإكراه من جانب الحائز ؛ **بأن تكون الحيازة بحسن نية**، خالية من القوة أو التهديد، والخصومة أو النزاع، وبدون عنف أو غش أو تحايل ؛ وبدون غصب أو سرقة أو طرق إحتيالية.[1]

وهذا بأن تظل السيطرة الفعلية المادية من الحائز على الشيء محل الحيازة مستمرة، أي متواصلة في فترات متقاربة، باستعمال الشيء إستعمالا إعتياديا وبصورة منتظمة في غير انقطاع ؛[2] **وبأن ترتكز على سبب صحيح، كسند أو واقعة أو حادث.** ويعتبر وضع اليد إذا كان قائما مع ثبوته، قرينة قانونية على حيازة الشيء في وقت سابق، ما لم يقم دليل يثبت عكس ذلك.[3]

فلقاضي الموضوع كامل السيادة في تقدير توفر شرط الحيازة المكسبة، وفقا لمقتضيات المادتين 827 و828 من ق.م ؛[4] غير أنه لا يجوز له قانونا أن يثير مسألة التقادم المكسب تلقائيا، لكونها تتعلق بالنظام العام.[5]

فإنه يستطيع قاض الموضوع أن يستخلص ذلك من وقائع الدعوى، ومن الأوراق المقدمة، أو من شهادة الشهود ؛ بأن يتحقق من توفر عناصر الحيازة، ويعاين مدى استيفاء الشروط المنصوص عليها في المواد 827 وما يليها من ق.م، طالما كان استخلاصه سائغا ؛[6] غير أنه يجب عليه التأكد

---

[1]- **نقض مدني مصري**، 1975/01/14، م.أ.ن، س23، 153، 38 ؛ 1948/01/15، مج.ق، 1، 587، 8.

[2]- المادة 1/1173 مدني أردني، و1/1309 مدني إماراتي ؛ **تمييز مدني أردني**، ملف رقم 98/46، م.ن.م، 1998، ص 1537 ؛ **نقض مدني مصري**، 1972/02/08، م.أ.ن، س24، 173، 32.

[3]- المادة 2/1184 مدني إماراتي ؛ **نقض مدني مصري**، 1970/06/09، م.أ.ن، س21، ص792.

[4] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2002/05/22، ملف رقم 232683 ؛ 2001/12/29، ملف رقم 21522 ؛ 2000/09/27، ملف رقم 198951 ؛ 1993/11/10، ملف رقم 104967 ؛ 1989/07/01، ملف رقم 40187.

[5] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2000/02/29، ملف رقم 195795، غير منشور.

راجع **د. صالح باي محمد الشريف**، مكانة الحيازة في القانون المدني، إ.ق.غ.ع، عدد خاص، ج2، 2004، ص 140 و141 ؛ **د. محمدي فريدة**، التقادم المكسب ونظام السجل العيني، المجلة نفسها، ص 117 وما بعدها ؛ **أ. عمار روابنية**، التقادم المكسب، نفس المجلة، ص 95.

[6]- **المحكمة العليا**، غ.ع، 2002/05/22، ملف رقم 232683 ؛ **نقض مدني مصري**، 1984/05/24، طعن رقم 1615، لسنة 50 ق.

من توافر الشروط القانونية للحيازة، والتي منها الإستمرارية والهدوء إلى غاية نشوب النزاع. ومن ثم، فإن انتفاء الهدوء وهو أحد شروط الحيازة، لا يمكن معه قيام حيازة قانونية يترتب عنها التقادم المكسب.[1]

ففي قرار مشهور للمحكمة العليا بتاريخ 2000/07/26، ملف رقم 195003، يتعلق بشروط الحيازة وإثبات التقادم المكسب المنصوص عليه في المادة 827 من ق.م، قضت بأن :" قضاة الموضوع الذين يتمتعون بكامل السيادة في تقدير الوقائع، كانوا على صواب عندما استخلصوا من وقائع الدعوى، بأن الحيازة المحتج بها من طرف المدعين في الطعن بالنقض على العقار المتنازع عليه ليست لا هادئة ولا مستمرة".

الشرط الثاني : أن تكون الحيازة ظاهرة وعلنية :

ومعنى ذلك **أن تكون الحيازة ظاهرة بعيدة عن الخفاء والتستر**، بأن يمارس الحائز أعمال السيطرة الفعلية المادية ويستعملها بصفة علانية، على مشهد ومرأى من الناس، وخاصة على من يراد الإحتجاج بها عليه ؛ وعندئذ تكون الحيازة حجة منتجة لآثارها القانونية في حق الغير، وتصلح أساسا للتملك بالتقادم المكسب، وللإحتجاج بها كسبب من أسباب الملكية.

ويشترط هنا، **أن تكون الحيازة ظاهرة لكافة الناس طوال مدة الحيازة** ؛ فإذا بدأت الحيازة ظاهرة، ثم اعتراها عيب الخفاء أو عدم العلانية، وجب اعتبارها غير ظاهرة، فلا تصلح عندئذ لاكتساب الحق بالتقادم لعيب الخفاء ؛[2] إلا أنه لا يشترط أن يعلم المالك بالحيازة علم اليقين ؛ وإنما يكفي أن تكون من الظهور بحيث يستطيع العلم بها.[3]

فإذا وضع الحائز علامات ظاهرة ليدلل بها على حيازته للشيء على مرأى من المالك أو من صاحب الحق الذي يستعمله، فلا يجوز للمالك أن

---

[1] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2004/06/23، ملف رقم 274758، م.م.ع، 2007، عدد 1، ص427 ؛ 2002/06/18، ملف رقم 233201، ن.ق، 2008، العدد62، ص349.

[2] - د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج9، ص 800، فقرة 280.

[3] - نقض مدني مصري، 1978/02/08، م.أ.ن، س24، 2، 445 ؛ 1978/11/16، نفس المجموعة، س29، ص1706.

يجهل هذه الحيازة، بسبب غيابه أو عدم يقظته، بل يتحتم عليه أن يكون على اتصال دائم بملكه ليدفع كل عدوان يقع عليه.[1] وفي حال إنكار الحيازة، يتعين على قضاة الموضوع أن يلجئوا إلى تحقيق قضائي؛ ولا يمكن الإعتماد على تحقيق الخبير إلا على سبيل الإستئناس.[2]

وللمحكمة الموضوع السلطة التقديرية في تقدير مدى توافر شرط الظهور الذي يتطلبه القانون، أو عدم توافر هذا الشرط أثناء الفصل في مسألة الحيازة،[3] والبحث في حالة النزاع عن الحائز الحقيقي طبقا لقواعد الحيازة المقررة قانونا (م 822 من ق.م)؛[4]وهو مما يدخل في تحصيل فهم الواقع بالاستعانة بكافة الظروف والملابسات المحيطة بالدعوى، دون رقابة عليها في ذلك من محكمة النقض، ما دامت قد أقامت قضاءها على أسباب سائغة؛[5]

الشرط الثالث : أن تكون الحيازة واضحة لا غامضة :

أي لا لبس فيها ولا غموض ولا إبهام، وإلا كانت الحيازة معيبة بعيب الغموض، وهو عيب خاص يشوب الحيازة ؛ كالشك الذي يشوب إحدى

---

[1]- د.علي حسن، التقادم في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1985، ، ص 152 بعدها.

[2]- إن الشهادة بحسب شهادة الشاهد الوحيد أمام الخبير، لا يؤخذ بها إلا على سبيل الإستدلال. أنظر المحكمة العليا، غ.ع، 2007/09/12، ملف رقم 401319، م.م.ع، 2010، عدد خاص، ج3، ص124.

[3]- إن الحيازة مسألة موضوعية **تخضع في إثباتها للقواعد العامة**، وعلى قضاة الموضوع إعتماد إجراءات البحث والتحري في مدى صحة المدعي بأن حيازته المدعى بها قانونية...". المحكمة العليا، غ.ع، 2009/03/11، ملف رقم 508386، م.م.ع، 2009، عدد 1، ص240؛ 2002/01/23، ملف رقم 223939، م.ق، 2003، عدد1، ص322.

إن مناقشة الوثائق والخبرات في دعوى الحيازة هي مسألة واقع تخضع لسيادة قضاة الموضوع، لا معقب عليهم في ذلك من قبل المحكمة العليا ؛ وبالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين أنه أقام قضاءه أساسا على شهادة الحيازة التي تفيد أن الأرض محل النزاع في حيازة المطعون ضدهما، وبما أن شهادة الحيازة سند قانوني رسمي، لا يمكن دحضه إلا عن طريق دعوى الإبطال...". المحكمة العليا، غ.ع، 2010/09/16، ملف رقم 618014، م.م.ع، 2010، عدد 2، ص239؛ 2006/01/18، ملف رقم 334674، م.م.ع، 2006، العدد2، ص371 ؛ 2006/01/18، ملف رقم 333926، م.م.ع، 2006، العدد1، ص417 ؛ 2007/02/14، م.م.ع، 2007، عدد1، ص 435 ؛ 2005/03/23، ملف رقم 288085، م.م.ع، 2005، عدد1، ص239.

إن إلغاء شهادة الحيازة من اختصاص القضاء الإداري وليس القضاء العادي...". **المحكمة العليا**، غ.ع، 2010/09/16، ملف رقم 618014، م.م.ع، 2010، عدد 2، ص239.

[4]- المحكمة العليا، غ.ع، 2007/12/12، ملف رقم 426996، م.م.ع، 2008، عدد 1، ص215.

[5]- نقض مدني مصري، 1947/01/16، م.ق.ق، س1، ص175، 32.

صفات الحيازة كصفة العلانية، أو بالنسبة إلى أحد عنصريها ؛[1] كما إذا شاب نية الحائز بأن أمكن تأويل أفعال الحيازة باعتبارين[2]، وكالحيازة التي يحيطها الكتمان تقوم على الشك ولا يجوز التمسك بها قبل الغير[3]، وكالمانع الأدبي الذي يمنع الداعي من المطالبة بحقه (كصلة القرابة بين الطرفين) مما يجعل الحيازة مشوبة بعيب اللبس (م 1/808 و827 من ق.م) ؛[4] وعندئذ تكون الحيازة غير صحيحة لإنتاج آثارها القانونية، وغير صالحة للاحتجاج بها ؛ لوجود ظروف تحيط بها تؤدي إلى حصول عدم الوضوح.[5]

وتقدير شرط الوضوح هو من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع، من خلال التعرف على حقيقة نية الحائز من جميع عناصر الدعوى، ما دامت هذه العناصر مدونة في حكمه، وتفيد قانونا وعقلا تلك النتيجة التي توصل إليها[6].

وفي هذا الشأن، قضت الغرفة العقارية لدى المحكمة العليا في قرار مشهور مؤرخ في 2000/07/31، ملف رقم 197177 بأنه : "**لا يسري التقادم قانونا كلما وجد مانع مبرر شرعا، يمنع الشخص من المطالبة بحقه.** والمانع الذي يوقف مدة الحيازة، قد يكون إلى جانب المانع المادي، مانعا أدبيا يتمثل في علاقة القرابة بين الحائز والمالك ؛ ومن هذا تكون الحيازة مشوبة بعيب اللبس، فيما تترتب آثارها. ومتى كان كذلك، فإن قضاة الموضوع أغفلوا في تطبيق القانون، وأساءوا فهمه، مما يعرض قرارهم للنقض"[7].

---

[1] - د. علي حسن، التقادم في المواد المدنية والتجارية، المرجع المذكور، ص 153 وما بعدها.

[2] - نقض مدني مصري، 1981/01/23 ، طعن رقم 85، لسنة 48 ق.

[3] - نقض مدني مصري، 1978/11/16 ، م.أ.ن، س29، ص1706.

[4] - المحكمة العليا، غ.ع، 2006/04/12، ملف رقم 349406، غير منشور ؛ 2000/07/31، ملف رقم 197177 ، إ.ق.غ.ع، 2004، عدد خاص، ج2، ص211.

[5] - د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج9، ص 859 ؛ د. السيد عرفه، الحيازة المدنية وحمايتها الجنائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 61 وما بعدها ؛ د. محمد المنجي، الحيازة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1984، ص 153 وما بعدها.

[6] - المحكمة العليا، غ.ع، 2000/10/17، ملف رقم 198951، م.ق، 2001، عدد2، ص 253 ؛ 2001/04/25، ملف رقم 206394، م.ق، 2003، العدد1، ص313. غ.م، 1985/01/09، ملف رقم 32677، م.ق، 1989، العدد4، ص 16 ؛ وراجع نقض مدني مصري، 1970/05/19، م.أ.ن، س21، 862، 138 ؛ 1979/06/04، المجموعة نفسها، س30، 539، 286.

[7] - المحكمة العليا، غ.ع، 2000/07/31، ملف رقم 197177، إ.ق.غ.ع، م.م.ع، عدد خاص، 2004، ج2، ص 211.

ويبدو ذلك بصفة خاصة في **حالات الملكية العقارية الشائعة**، لأن المال على الشيوع هو وضع غامض أصلا كما رأينا ؛ وكذلك الحال **بالنسبة للوارث بشأن حيازته**، لأموال التركة قبل القسمة الشرعية تكون أموالا مختلطة غير واضحة المعالم، فقد يظهر متعديا على حقوق الورثة الآخرين ؛ وكالتابع الذي يخالط صاحب الحق ويعيش معه (وهي حيازة التابع) ؛[1] ومثالها أيضا **حيازة المستأجر** للعين المؤجرة التي هي مجرد حيازة عرضية، لا تمكنه من الإحتجاج بها لحسابه الخاص بنية التملك.[2]

فقد نصت المادة 3/1309 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أنه: "**لا يجوز للمستأجر والمنتفع والمودع لديه والمستعير أو ورثتهم الإدعاء بمرور الزمن**".

وعلى هذا الأساس، فإن كل من الإكراه والخفاء (وهما عيبان يردان على الركن المادي في الحيازة)، واللبس والغموض (وهو عيب يرد على الركن المعنوي للحيازة)، **هي من أهم عيوب الحيازة، ولكل ذي مصلحة التمسك بها أمام القضاء** ؛[3] فالحيازة المعيبة تعد كذلك في نظر القانون المدني الجزائري، لا تصلح أساسا لترتيب آثارها القانونية، لاكتساب الحق بالتقادم المكسب مهما طال الزمن، إلى حين زوال العيب ؛[4] وعلى قضاة الموضوع التثبت وجوبا، من توافر شروط الحيازة القانونية، عند الإدعاء بالتقادم المكسب.[5]

---

[1]- **نقض مدني مصري**، 1979/06/04، م.أ.ن، س30، 539، 286.

[2]- :"**من المقرر قانونا، أن الحيازة العرضية لا تصلح كسبب لكسب الحق.**" **المحكمة العليا**، غ.ع، 2010/09/16، ملف رقم 618572، م.م.ع، 2010، العدد2، ص242 ؛ 1999/07/13، ملف رقم 180020، م.ق، 1999، العدد1، ص 137 ؛ غ.م، 1991/03/13، ملف رقم 67227، م.ق، 1992، العدد4، ص 35 ؛ 1987/07/01، ملف رقم 10184، م.ق، 1990، العدد4، ص16.

"ليس لأحد أن يتمسك بمرور الزمن المانع من سماع دعوى الملك (المادة 1185 مدني أردني) ؛ غير أن التقادم المكسب لا يؤدي إلى سقوط الملكية قانونا، وإنما يؤدي إلى انتقالها إلى الحائز، إذا توافرت شروط الحيازة القانونية." راجع **تمييز مدني أردني**، ملف رقم 2002/1353، م.ع، 2004، ص 2004 ؛ وملف رقم 2002/170، 2004، ص 535.

[3]- **نقض مدني مصري**، 1978/02/08، م.أ.ن، س24، 2، 445 ؛ 1978/11/16، نفس المجموعة، س29، ص 1706.

أنظر هنا: **د. عبد الناصر العطار**، إثبات الملكية بالحيازة والوساطة، ص 20 وما بعدها ؛ **د. محمد سوار**، الحقوق العينية الأصلية، ص 245 ؛ **د. عبد المنعم الصدة**، الحقوق العينية الأصلية، ص 549.

[4]-"إن قضاة الموضوع أجابوا على الدفع بالحيازة والتقادم المكسب، بان الحيازة لم تكن هادئة، وكانت دائما محل تعرض ونزاع، مما يجعلها غير متوفرة الشروط القانونية." راجع **المحكمة العليا**، غ.م، 1985/01/09، ملف رقم 32677، م.ق، 1989، العدد4، ص 16 ؛

[5]- **المحكمة العليا**، غ.ع، 2005/02/23، ملف رقم 299254 ؛ 2005/02/23، ملف رقم 299255 ؛ غير منشورة

وفي هذا أشارت المادة 2/808 من ق.م صراحة وبكل وضوح على أنه : **إذا اقترنت الحيازة بإكراه، أو حصلت خفية، أو كان فيها لبس، أو غموض ؛ فلا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التبس عليه أمرها، إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب."** ومن ثم، يشترط في القانون المدني الجزائري لوجود الحيازة قانونا، خلوها من عيوبها، كالإكراه والتدليس والخفاء والغموض (م 2/808 و822 من ق.م).[1]

7- إنتقال الحيازة (Le transfert de la possession)

نصت المادة 814 من ق.م على أنه : **"تنتقل الحيازة إلى الخلف العام بجميع صفاتها، غير أنه إذا كان السلف سيء النية وأثبت الخلف أنه كان في حيازته حسن النية، جاز له أن يتمسك بحسن نيته ؛ ويجوز للخلف الخاص أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه ليبلغ التقادم".**

وعلى هذا، يكتسب الحائز الحيازة ابتداء، إذا اجتمع له عنصرا الحيازة المادي والمعنوي، فتثبت له صفة الحائز، إذا توافرت شروطها النظامية السابقة، إذا كان الحائز حسن النية. وتنتقل الحيازة بالإستخلاف وفقا لأحكام القانون المدني الجزائري (م 811 إلى 814 من ق.م)، والخلف يمكن أن يكون خلفا عاما، ويمكن أن يكون خلفا خاصا :

أ- ومن ثم، تنتقل الحيازة من الحائز، وهو المورث المتوفى إلى كل الورثة الشرعيين دون تمييز، وهم الخلف العام (م 108 من ق.م)، وفقا لمقتضيات المادة 814 من ق.م[2]، **بجميع صفاتها الممارسة من طرف المورث إلى غاية وفاته** ؛ أي بجميع صفاتها التي بدأت عليها وقت كسبها، إلى كل الورثة دون تمييز، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك.

---

[1] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2012/03/15، ملف رقم 696304، م.م.ع، 2012، العدد1، ص 201 ؛ 2005/09/14، ملف رقم 300879، المجلة نفسها، 2005، العدد2، ص359 ؛ غ.م، 1987/07/01، ملف رقم 40187، م.ق، 1990، العدد4.

[2]- **المحكمة العليا**، غ.ع، 2005/09/14، ملف رقم 300879، م.م.ع، 2005، العدد2، ص 359.

فقد حكمت المحكمة العليا في إجتهاداتها المشهورة، بأن الحيازة تنتقل للخلف العام، بصفاتها التي كانت عليها، الممارسة من طرف المورث إلى غاية وفاته، إلى كل الورثة دون تمييز، وفقا لأحكام المادة 814 من ق.م.[1]

ويمكن أن يستفيد من الحيازة وارث واحد، كالوارث بجزء شائع من جملة التركة (كالثلث أو الربع مثلا)، أو الموصى له بحصة شائعة من التركة، ولو لم يكن تسليم مادي للشيء موضوع الحيازة؛ لأن حيازة الخلف ما هي إلا إستمرار لحيازة السلف. فتنتقل حيازة السلف إلى الخلف العام دون إتفاق، فلا تعتبر حيازة الخلف حيازة جديدة؛[2] وذلك تطبيقا للمبدأ بأن: **الخلف العام يكون له ما لسلفه من حقوق وما على سلفه من إلتزامات**، مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث (م 108 و814 من ق.م).[3]

فتنتقل الحيازة إلى الخلف العام، وفقا للمادة 814 من ق.م، محتفظة بصفتها التي بدأت بها تاريخ كسبها: فإذا كانت حيازة السلف عرضية مثلا، إنتقلت إلى الخلف العام حيازة عرضية ما لم تتغير صفتها فيما بعد؛ وإذا كانت حيازة السلف معيبة بعيب ما، إنتقلت إلى الخلف معيبة بنفس العيب إلى أن يزول هذا العيب، فتبدأ الحيازة غير معيبة من وقت زوال العيب.

ب- **كما تنتقل الحيازة إلى الخلف الخاص**، وفقا للمواد 811 و812 و813 و814 من ق.م؛ وهو الذي يخلف الحائز في حيازة عين معينة من الأعيان؛ كالمشترى، والموصى له بعين من التركة، والموهوب له...، بناء على سبب ينقل إليه حقاً خاصا من حقوق سلفه؛ أي بمعنى أن يكون قد اتفقا على ذلك، لأن حيازة السلف لا تنتقل إلى الخلف الخاص إلا بناء على إتفاق (م 109 من ق.م).

فتنتقل الحيازة من الحائز إلى الخلف الخاص إذا إتفقا على ذلك، **وكان في إستطاعة من انتقلت إليه الحيازة أن يسيطر على الشيء محل**

---

[1]- المحكمة العليا، غ.ع، 2005/09/14، ملف رقم 300879، المشار إليه؛ 30/ 1999/09، ملف رقم 180876، م.ق، 1998، العدد2، ص 33؛ 1997/06/25، ملف رقم 148511، م.ق، 1992، العدد2، ص 11؛ 1987/07/01، ملف رقم 40187، م.ق، 1990، العدد4، ص 20.

[2]- المحكمة العليا، غ.ع، 2005/09/14، ملف رقم 300879، المشار إليه.

[3]- المحكمة العليا، غ.م، 1999/02/03، ملف رقم 174416، م.ق، 1999، العدد1، ص 97.

الحيازة وفقا لطبيعته، ولو لم يتسلمه ؛ إذ يكفى هنا التسليم الحكمي أوالرمزي لانتقال الحيازة للخلف الخاص دون عائق، كالمستأجرالذي تستمر حيازته للعين بعد أن اشتراها، وتسليم مفاتيح المنزل لتحقق السيطرة المادية الفعلية الحقيقية بالتملك (م 812 من ق.م).[1]

ونلاحظ أنه إذا كان السلف سيء النية، وأثبت الخلف أنه كان في حيازته حسن النية، جاز له أن يتمسك بحسن النية ؛ لأن الحائز لحق يفترض أنه صاحب هذا الحق، ولأن حسن النية مفترض لمن حاز حقا، ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك (م 823 إلى 826 من ق.م).

8- زوال الحيازة (La perte de la possession)

ج- هذا، **وتزول الحيازة إذا تخلى الحائز عن سيطرته الفعلية على** الشيء أو الحق محل الحيازة، أوإذا فقدها بأية طريقة كانت، وفقا لأحكام المادة 815 من ق.م.

ويتبين من هذا، أن **الحيازة تزول بفقد عنصريها المادي والمعنوي طبقا للمادة 815 من ق.م** : كتنازل الحائز عن الحيازة بإرادته، كما لو تخلى الحائز عن سيطرته الفعلية على الحق، بالبيع أو الهبة مثلا ؛ أو إذا فقد السيطرة المادية الفعلية على الشيء بأية طريقة أخرى (إذا كان محل الحيازة عقارا) ؛ وكضياع المنقول أو سرقته أو فقده دون إرادته، مما يؤدى إلى زوال حيازة المنقول، بفقد الحائز للعنصر المادي للحيازة دون إختياره ؛ لأن "**الحيازة في المنقول سند الحائز**" وفقا للمادة 835 من ق.م. فتزول الحيازة بالرغم من تمسك الحائز بالعنصر المعنوي للحيازة، فيصبح السارق هو الحائز، فالنية لوحدها لا تكفي للإحتفاظ بالحيازة.

ولا تزول الحيازة وفقا للمادة 816 من ق.م، إذا حال مانع وقتي، دون مباشرة الحائز للسيطرة الفعلية على الشيء أو الحق محل الحيازة ؛ كما لو حال بين الحائز وبين الأرض التي يحوزها مياه غمرتها بفعل الطبيعة، أو كحالة إحتلال العدو لها.

---

[1]- المادة 814 من ق.م، وتقابلها 1174 مدني أردني ؛ و952 و953 مدني مصري ؛ و1310 مدني إماراتي ؛ ويكفى ههنا التسليم الحكمي للشيء لانتقال الحيازة.

غير أن الحيازة تزول إذا استمر المانع سنة كاملة، وكان ناشئا عن حيازة جديدة وقعت، رغم إرادة الحائز أو دون علمه ؛ وتحسب السنة من الوقت الذي بدأت فيه الحيازة الجديدة، إذا كانت ظاهرة، ومن وقت علم الحائز الأول بها إذا بدأت خفية.[1]

9- آثار الحيازة (Les effets de la possession)

إن القانون المدني الجزائري يرتب على الحيازة أثرها من حيث أنها طريق للإثبات، وسبب لكسب الملكية، وغيرها من الحقوق العينية الأخرى القابلة للحيازة، متى توافرت شروطها القانونية، أي كسب الحق العيني الذي كان الحائز يظهر بمظهر صاحبه خلال المدة المحددة قانونا (م 827 إلى 834 من ق.م).

فهي قد تكسب الحائز ملكية العقار بمضي مدة على الحيازة تقصر أو تطول بحسب الأحوال، وملكية المنقول فوريا بمجرد الحيازة إذا توافرت شروط معينة. ومن ثم، **تملك الحائز حسن النية للثمار** بمجرد قبضها أو حيازتها (م 837 إلى 841 من ق.م) ؛ وهذا بفعل مرور الزمان، متى استمرت المدة القانونية المحددة، وكانت الحيازة بعنصريها المادي والمعنوي وشروطها القانونية هادئة ظاهرة مستمرة، وواضحة، لا غموض فيها ولا لبس بشروطها القانونية.

كما أن القانون الجزائري يحمي الحيازة عن طريق دعاوى الحيازة الثلاث المعروفة، وهي : دعوى الاسترداد، ودعوى منع التعرض، ودعوى الأعمال الجديدة. **ونعرض لهذه الأمور المهمة فيما يلي :**

أ- أثر الحيازة المكسب للملكية.

ب- تملك الثمار بالحيازة.

ج- مسؤولية الحائز عن تبعة الهلاك.

د- دعاوى حماية الحيازة.

---

[1] - المادة 816 من ق.م.

أ- أثر الحيازة المكسب للملكية

من حاز عقارا أو منقولا وبحسن نية، بصفة هادئة ومستمرة، لمدة خمس عشرة سنة بدون انقطاع، وكان العقار غير مسجل، ولم يكن له مالكا خاصا به، يمكنه اكتسابها بالحيازة والتقادم المكسب وفقا للمادة 827 وما بعدها من ق.م،[1] ولا تسمع عليه عند الإنكار دعوى الملك (أودعوى الحق العيني منقولا أو عقارا)[2]؛ بمعنى أنه إذا رفعت ضده دعوى استحقاق، وأنكر الحائز للشيء لمدة خمس عشرة سنة ذلك، فلا يجوز للقاضي السير في هذه الدعوى بعد ذلك، فالذي يسقط هو المطالبة القضائية أمام المحاكم.[3]

فالحيازة المادية القانونية قرينة على الملكية، ومن ثم فإن حماية الحائز الخاصة هي في الواقع حماية لصاحب الحق، ومحافظة على الأمن العام، والسكينة العامة في المجتمع (م 817 إلى 826 من ق.م).[4]

---

[1] - المادة 827 وما يليها من ق.م.

"من المقرر قانونا، أن: **كل من حاز عقارا أو منقولا، أو حقا عينيا، دون أن يكون مالكا له أو خاصا به، صار له ذلك ملكا، إذا استمرت حيازته له مدة خمس عشرة سنة بدون انقطاع**؛ ولا يمنع توفر العقار على دفتر عقاري من اكتسابه بالتقادم المكسب."

أنظر **المحكمة العليا**، غ.ع، 2008/07/16، ملف رقم 423832، إ.ق.غ.ع، عدد خاص، 2010، ج3، ص 274؛ 2008/10/15، ملف رقم 479371، م.م.ع، 2008، العدد2، ص 273؛ منشور أيضا في ن.ق، 2014، العدد 67، ص 187؛ غ.م، 1997/06/25، ملف رقم 148511، م.ق، 1992، العدد2، ص11؛ 1993/11/10، ملف رقم 104967، م.ق، 1994، العدد1/ ص 43؛ 1987/07/01، ملف رقم 40187، م.ق، 1990، العدد4، ص 20؛ 1985/01/09، ملف رقم 32677، م.ق، 1989، العدد4، ص 16.

راجع للإستزادة: د. **محمد الأمين**، التقادم المكسب للملكية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1993، ص 20 وما بعدها؛ أ.**علي حسن**، التقادم في المواد المدنية والتجارية، المرجع المذكور، ص 127 وما بعدها.

[2] - كالحق العيني الأصلي (كحق الملكية)، والحقوق المتفرعة عنه كحق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى وحق الارتفاق وحق المساطحة وحق الحكر.

[3] - د. **السيد عرفه**، الحيازة المدنية وحمايتها الجنائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 30 وما بعدها؛ د. **محمد المنجي**، الحيازة، المرجع المذكور، ص 117 وما بعدها.

[4] - أنظر د. **محمدي فريدة**، التقادم المكسب ونظام السجل العيني، الإجتهاد القضائي للغرفة العقارية للمحكمة العليا، م.م.ع، عدد خاص، ج2، 2004، ص 117.

وراجع د. **محمد المنجي**، الحيازة، المرجع نفسه، 1984، ص 10 وما بعدها؛ د. **عبد الناصر العطار**، إثبات الملكية في الحيازة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1978، ص 20 وما يليها.

ومن ثم، نصت المادة 827 من ق.م صراحة على أنه : من حاز عقارا دون أن يكون مالكا له أو خاصا به صار له ذلك ملكا، إذا استمرت حيازته مدة خمس عشرة سنة بدون انقطاع ؛ أي بمعنى أن الحيازة هي سبب من أسباب كسب الملكية العقارية، حتى في مواجهة من له سند صحيح، لأن هذا النص جاء عاما ومطلقا، ولم يستثني العقارات التي لها عقود مشهرة ؛ أما المادة 39 من القانون رقم 25/90 المؤرخ في 1990/11/18 المتضمن قانون التوجيه العقاري، فهي تتعلق بمنح سندات الحيازة للحائزين للأراضي التي لم يتم مسحها، ولم تحرر فيها الدفاتر العقارية.[1]

فإن الحيازة في ذاتها محمية قانونا، وهي طريق للإثبات القانوني، وتصلح قرينة على الملكية كما تقدم (م 827 من ق.م) ؛ فيكفي للحائز أن يثبت حيازته المادية للشيء المحاز، لتقوم قرينة على توافر الركن المعنوي لحيازته، أي على نية الحيازة لحساب نفسه ؛ فتعتبر حيازته قانونية، وتكون بالتالي قرينة على أنه صاحب الحق على الشيء، **فيقع عندئذ على عاتق خصمه إقامة الدليل على عكس مقتضى هذه القرينة، بأن يثبت بأن حيازته تفتقر إلى العنصر المعنوي.**[2]

وعلى هذا، تتوافر الصفة والمصلحة في دعوى منع التعرض للحيازة بين شريكين على الشيوع، بثبوت العلاقة المباشرة الواقعية بين الأرض التي يملكها الطرفان في الشيوع وطلب كل واحد من الطرفين ؛ وهذا بغض النظر عن تأسيس الطلب القضائي.[3]

---

[1] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2008/10/15، ملف رقم 479371، ن.ق، 2014، العدد67، ص 187. راجع سابقا موضوع شهادة الحيازة.

[2] - راجع **أ. عمار روابنية**، التقادم المكسب، الإجتهاد القضائي للغرفة العقارية للمحكمة العليا، م.م.ع، عدد خاص، ج2، 2004، ص 95 ؛ **د. محمدي فريدة**، التقادم المكسب ونظام السجل العيني، المجلة نفسها، 2004، ص 117.

[3] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2008/09/10، ملف رقم 463305، إ.ق.غ.ع، عدد خاص، 2010، ج3، ص 120. "يستوجب على قضاة الموضوع التحقيق في حالة إنكار الحيازة في دعاوى المتعلقة بالحيازة، ومن ثم فإن قضائهم بالتعويض على أساس الفعل الضرر، لا يعد مساسا بأصل الحق، ولا يشكل خرقا للقانون ؛ مما يستوجب معه رفض الطعن....".
راجع **المحكمة العليا**، غ.ع، 2001/07/25، ملف رقم 215749، م.ق، 2002، عدد2، ص 396.

وجدير بالتنويه أن فقهاء الفقه الإسلامي يعبرون عن الحيازة ب "الحوز"، والحوز والقبض بمعنى واحد، وهو وضع اليد على الشيء،[1] بإحرازه واستغلاله والإنتفاع به والتصرف فيه تصرف المالك في ملكه، وهو المظهر المادي الفعلي للحيازة الذي يظهره بمظهر صاحب الحق ظاهرا ؛ وتقوى الحيازة بالعنصر المعنوى وهو نية التملك بأمانة دون كيد أو غصب.[2]

والحيازة في الفقه الإسلامي سند للملكية لمن يدعيها، لأن الظاهر من اليد الملك ؛[3] فمن ادعى عينا في يده، فأنكره الخصم ولا بينة له، فالقول قول الحائز مع يمينه عند عدم البينة، فلا تنزع العين منه إلا بيمينه، لأن الظاهر ملكه لما بيده.[4]

أولا : شروط التقادم المكسب

نصت المادة 827 من ق.م على أنه : **من حاز منقولا أو عقارا أو حقا عينيا منقولا كان او عقارا، دون أن يكون مالكا له أو خاصا به، صار له ذلك ملكا إذا استمرت حيازته له مدة خمس عشرة سنة بدون انقطاع."**

ومقتضى هذه المادة، أن المقصود من الحيازة هو التقادم المكسب وهو مرور الزمن، الذي هو طريق من طرق اكتساب الملكية (La Prescription acquisitive) في القانون المدني الجزائري،[5] ولكن

---

[1]- إبن منظور، لسان العرب، ج11، ص 647.
[2]- أنظر د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج9، ص 1133 ؛ د. مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج2، ص 699 ؛ تركي النفيعي، قاعدة حيازة المنقول سند الحائز، رسالة الماجستير المشار إليها، ص 19 و39 وما بعدها.
[3]- تمييز مدني أردني، 1990/01/30، ملف رقم 89/416، م.ن.م، 1990، ص2271.
[4]- أنظر إبن قدامه، المغني، ج10، ص 247 ؛ البهوتي، كشاف القناع، ج6، ص 310 ؛ الرملي، نهاية المحتاج، ج6، ص735 ؛ السرخسي، المبسوط، ج30، ص 131 ؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، ص 77 ؛ الحطاب، مواهب الجليل، ج4، ص 380 و381 ؛ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص 121 ؛ إبن جزي، القوانين الفقهية، ص 464 ؛ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج4، ص221. وراجع هيئة كبار العلماء في السعودية، القبض وأثره في العقد الفاسد، البحث المذكور، ص 357 ؛ اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء السعودية، التقادم في مسألة وضع اليد، مجلة البحوث الإسلامية، الرياض، العدد 39، ص 147.
[5]- المحكمة العليا، غ.ع، 2001/02/28، ملف رقم 205549، إ.ق.غ.ع، 2004، ج2، ص 350 ؛ تعليق أ. بوتارن فايزة، المرجع نفسه، ص 366.

يشترط هنا في العقار أو الحق العيني أن يكون حقاً عينياً غير مسجل ؛[1] بأن تكون الحيازة القانونية صحيحة هادئة وعلنية واضحة ومستمرة، مستوفية لعنصريها المادي والمعنوي وشروطها القانونية، وخالية من العيوب التي يمكن أن تشوبها ؛[2] وأن تستمر المدة الزمنية اللازمة التي يحددها القانون بدون إنقطاع، وأن تقترن الحيازة بالسبب الصحيح، وحسن النية لدى الحائز.[3]

وظاهر من نص المادة 827 من ق.م، أن الحيازة التي تستمر خمس عشرة سنة دون انقطاع، تؤدي إلى منع سماع الدعوى، من أي كان حتى المالك الحقيقي، إذا ما توافرت الحيازة على شروطها القانونية ؛ إذا وقع الدفع بالإنكار، وألا يكون المدعي قد ترك دعواه لعذر قانوني.

---

[1]- يقصد بالحيازة هو ما تحت اليد من غير العقار الذي ينصرف فيه بالإستعمال بحكم الإجارة أو العارية، أو يتصرف فيه بالنقل من ملكه إلى ملك الغير، سواء أكان بالبيع أم الهبة أم الوقف.

[2] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2002/05/22، ملف رقم 232683 ؛ 2001/12/29، ملف رقم 21522 ؛ 2000/09/27، ملف رقم 198951 ؛ 1993/11/10، ملف رقم 104967 ؛ 1989/07/01، ملف رقم 40187.

[2] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2005/05/18، ملف رقم 300815،، إ.ق.غ.ع، عدد خاص، 2010، ج3، ص268 ؛ 2008/07/16، ملف رقم 423832،، إ.ق.غ.ع، عدد خاص، 2010، ج3، ص274 ؛ تعليق **د. لحلو غنيمة**، مدة الحيازة إبتداء من يوم ابرام عقد البيع العقاري العرفي، المجلة نفسها، ص 280 وما بعدها. 2000/02/29، ملف رقم 195795، غير منشور.

Voir Lahlou-Khiar Ghenima, La préscription acquisitive, Rev. Cour suprême, 2010, N° Spécial, t.3, P 285 et s.

[3]- إن التقادم المكسب هو حيازة الحقوق العينية، المنقولة أو غير المنقولة، خلال مدة التقادم القانونية الطويل أو القصير، بصفة هادئة ومستمرة بدون انقطاع ولا نزاع. ومن ثم، لا يجوز التمسك بالتقادم المكسب إلا باستمرار الحيازة الفعلية بشروطها وعنصريها المادي والمعنوي لمدة 15 سنة.

المحكمة العليا، غ.ع، 2004/06/23، ملف رقم 271312،، إ.ق.غ.ع، عدد خاص، 2010، ج3، ص262. 2002/06/18، ملف رقم 233201، ن.ق، 2008، العدد62، ص 349 ؛ 2002/05/22، ملف رقم 232683 ؛ غير منشور ؛ 2000/05/31، ملف رقم 192720،، إ.ق.غ.ع، عدد خاص، 2004، ج2، ص356 ؛ 2001/10/24، ملف رقم 218221، م.ق، 2002، عدد2، ص 365 ؛ غ.م، 1985/05/08، ملف رقم 35626، م.ق، 1992، عدد4، ص 19. 2000/10/17، ملف رقم 198951، م.ق، 2001، عدد2، ص 253 ؛ غ.م، 1985/01/09، ملف رقم 32677، م.ق، 1989، العدد4، ص 16 ؛ غ.ع، 1998/02/25، ملف رقم 150719، إ.ق.غ.ع، 2004، عدد خاص، ج2، ص245 ؛ 2000/11/22، ملف رقم 200495، إ.ق.غ.ع، 2004، عدد خاص، ج2، ص216 ؛ 2000/07/26، ملف رقم 199710، إ.ق.غ.ع، 2004، عدد خاص، ج2، ص202 ؛ غ.م، 1993/11/10، م.ق، 1994، عدد1، ص43 ؛ 1987/07/01، ملف رقم 40187، م.ق، 1990، عدد4، ص 20 ؛ 1982/04/14، ملف رقم 23782، ن.ق، 1982، عدد خاص، ص135.

ولا تشترط المادة المذكورة جهل المالك الحقيقي للأرض موضوع التقادم المكسب، بل يكفي أن تدوم حيازة الحائز المدة القانونية اللازمة، وأن المالك الأصلي للأرض لم يقم بأي إجراء من شأنه وقف حيازة الحائز.[1]

وعندئذ يجوز للحائز التمسك بالتقادم المكسب في أية حالة كانت عليها الدعوى، ولو أمام محكمة الإستئناف إذا نظرت في أساس الدعوى.[2] طالما اقترنت الحيازة القانونية بشروطها وبحسن النية، وكانت هادئة مستمرة، تستند إلى سبب صحيح (Juste titre)[3]؛ والتقادم المكسب في الملكية العقارية غير مرهون بإجراء الإشهار، لأن عقد الشهرة ما هو إلا عقد تقريري يقتصر على مجرد الإثبات إلا فيما يتعلق بأملاك الدولة[4]؛ لأن نصوص القانون

1- المحكمة العليا، غ.ع، 2000/07/26، ملف رقم 199710، ، إق.غ.ع، 2004، عدد خاص، ج2، ص202.

2- المحكمة العليا، غ.ع، 2000/02/29، ملف رقم 195795، غير منشور.
راجع د. صالح باي محمد الشريف، مكانة الحيازة في القانون المدني، البحث المذكور، ص 140 و141 ؛ د. محمدي فريدة، التقادم المكسب ونظام السجل العيني، المجلة نفسها، ص 117 وما بعدها ؛ أ. عمار روابنية، التقادم المكسب، نفس المجلة، ص 95 ؛ د. لحلو غنيمة، التقادم المكسب، تعليق على قرار المحكمة العليا، غ.ع، 2008/05/14، ملف رقم 448006، ، إق.غ.ع، 2010، عدد خاص، ج3، ص112.
Voir Lahlou-Khiar Ghenima, La préscription acquisitive, Rev. Cour suprême, 2010, N° Spécial, t.3, P 285.

"إن عدم مناقشة قضاة الإستئناف للدفع بالتقادم المكسب المثار من طرف شاغلي الأرض، وتمسكهم بأنهم يمارسون الحيازة الأرض المتنازع عليها لمدة طويلة ؛ برفضه أو تبنيه يشكل إنعداما للأسباب، ويعتبر خرقا لأحكام القانون، مما يستوجب نقض القرار المطعون...".
المحكمة العليا، غ.ع، 2005/11/16، ملف رقم 311854، ن.ق، 2006، العدد59، ص259 ؛ 2008/10/15، ملف رقم 479371، م.م.ع، 2008، العدد2، ص 273 ؛ 2001/02/28، ملف رقم 205549، م.ق، 2001، عدد2، ص 263 ؛ 1993/11/10، ملف رقم 104967، م.ق، 1994، العدد1، ص 43.

3- انظر المحكمة العليا، غ.ع، 2002/05/22، ملف رقم 232683، غير منشور ؛ غ.م، 1992/01/21، ملف رقم 82285، م.ق، 1995، العدد1، ص 97 ؛ 1985/01/09، المشار إليه ؛ نقض مدني فرنسي، 1899/10/29، دالوز الدوري، 1، 1900، 1، 253.
راجع تفاصيل ذلك: د. عبد المنعم الصده، الحقوق العينية الأصلية، ص 581 ؛ د. محمد المنجي، الحيازة، المرجع المذكور، ص 145 وما بعدها ؛ أ. علي حسن، التقادم في المواد المدنية والتجارية، مشار إليه، ص190 وما بعدها.

4- المحكمة العليا، غ.ع، 2013/07/11، ملف رقم 765293، غير منشور ؛ 2000/03/29، ملف رقم 190541، م.ق 2000، عدد1، ص 151 ؛ 2000/09/27، ملف رقم 198951 ؛ تعليق أ. بوتارن فايزة، إق.غ.ع، م.م.ع، عدد خاص، ج2، 2004، ص 378.
راجع أ. بيوت نذير، عقد الشهرة من خلال الإجتهاد القضائي، إق.غ.ع، م.م.ع، عدد خاص، ج2، 2004، ص 10.

رقم 02/07 المؤرخ في 2007/02/27 لا تشترط ذلك صراحة ؛[1] إنما تقوم أساسا على توافر الحيازة الفعلية بشروطها القانونية، وعلى مدة هذه الحيازة العلنية الهادئة والمستمرة بدون انقطاع ولا معارضة (م 827 و828 من ق.م).[2]

فإن القانون المدني الجزائري فيما يتعلق بالحيازة المؤدية للتقادم المكسب، لا يفرق بين العقارات من حيث توفر أو عدم توفر السند، كما أنه لا يستثني العقارات المشهرة عقودها من إكتسابها بالتقادم ؛ لأنه يشترط أساسا أن تكون الحيازة هادئة مستمرة غير منقطعة بعنصريها المادي والمعنوي، خلال المدة المحددة الطويلة أو القصيرة، غير غامضة وخالية من العيوب، مستندة إلى سبب صحيح.[3]

وعلى ذلك، فإن نص المادة 827 من ق.م، جاء مطلقا في شكل مبدأ عام، من أن من حاز عقارا دون أن يكون مالكا له أو خاصا به، صار له ذلك ملكا إذا استمرت حيازته خمس عشرة سنة بدون انقطاع، أي أن الحيازة هي سبب من أسباب كسب الملكية العقارية، حتى في مواجهة من له سند صحيح، لأن هذا النص في صيغته لم يستثني العقارات التي لها عقود مشهرة.[4]

وهو ما حكمت به المحكمة العليا في قرار مشهور لها، من أنه : "من المقرر قانونا أنه إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقاري، وكانت مقترنة بحسن نية، ومستندة في الوقت نفسه على سبب صحيح، فإن

---

[1] - بعد إلغائه للمرسوم رقم 352/83 المتعلق بإجراء إثبات التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة.
راجع **المحكمة العليا**، غ.ع، 2000/03/29، ملف رقم 190541، المشار إليه ؛ 2000/09/27، ملف رقم 20264، غير منشور ؛ 1998/09/30، ملف رقم 180876، م.ق، 1998، عدد2، ص 33 ؛ وراجع أ. **عمار روابنية**، التقادم المكسب، إ.ق.غ.ع، م.م.ع، عدد خاص، ج2، 2004، ص 95.

[2] - " إن نصوص القانون المدني المتعلقة باكتساب الملكية العقارية على أساس التقادم المكسب، لا تفرق بين الملكية التي لها سندات والتي ليس لها سندات، عند توفر شروط الحيازة الفعلية ومدتها القانونية بدون انقطاع."
المحكمة العليا، غ.ع، 2005/05/18، ملف رقم 300815، م.م.ع، 2005، عدد2، ص 351؛غ.م، 1998/09/30، ملف رقم 180876، م.ق، 1998، العدد2، ص33. راجع د. **لحلو غنيمة**، شهادة الحيازة في قانون التوجيه العقاري، إ.ق.غ.ع، م.م.ع، عدد خاص، ج2، 2004، ص 143.

[3] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2013/07/11، ملف رقم 765293، غير منشور ؛ 2005/05/18، ملف رقم 300815، المشار إليه ؛ 2005/10/15، ملف رقم 479371، م.م.ع، 2008، العدد2، ص 273 ؛ 2008/05/14، ملف رقم 448006، إ.ق.غ.ع، م.م.ع، عدد خاص، ج3، 2010، ص 107.

[4] - **المحكمة العليا**، غ.ع، ق2، 2008/10/15، ملف رقم 479371، ن.ق، 2014، عدد67، ص 187.

مدة التقادم المكسب تكون عشر سنوات إذا كان الحائز حائزا بحسن نية، وفقا للمادة 828 من ق.م ؛ ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون. ولما كان من الثابت في قضية الحال، أن الطاعنة حازت العقار المتنازع عليه واستغلته مدة ثلاث عشر سنة كاملة، بمقتضى سند صحيح (عقد هبة) وبحسن نية، ولم ترتكب أي خطأ غش ؛ فإن قضاة الموضوع برفضهم لدعواها الرامية على إكتساب العقار في قضية الحال خرقوا القانون، ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه."[1]

إن الحيازة القانونية هي الحيازة القائمة على سند قانوني صحيح،[2] فإن لم يكن لدى أي من الحائزين سند أو تعادلت سنداتهما، **كانت الحيازة الأحق هي الأسبق في التاريخ**؛[3] **ولقضاة الموضوع سلطة تقديرية للبحث عن الحائز الحقيقي، وفق وسائل التحقيق القانونية، ومدى توافر شروط حيازته** المستمرة الهادئة والعلانية غير المشوبة بلبس، طبقا لأحكام المادة 827 وما يليها من ق.م.[4] ومن ثم، فإن استعمال التقادم المكسب وسيلة لإثبات الحق في ملكية العقار موضوع النزاع، مع تقديم شهادة حيازة لاحقا، لا يعد رفعا لدعوى الحيازة، وبالتالي لا وجود فيه لخرق قاعدة : "**عدم جواز ممارسة دعوى الحيازة بعد ممارسة دعوى الملكية.**"[5]

---

[1]- المحكمة العليا، غ.م، 1991/06/18، ملف رقم 72055، مشار إليه في كتاب:" الحيازة في قرارات المحكمة العليا" أ. نبيل صقر، دار الهدى، الجزائر، 2013، ص 88 وما بعدها.

[2]- نقض مدني فرنسي، 1899/10/29، دالوز الدوري، 1، 1900، 1، 253.

« L'arrêt qui admet l'existence d'un juste titre à, l'appui d'une exception de la prescription sans indiquer la date de ce titre, ni sa teneur, ni les circonstances par suite desquelles le précédant propriétaire aurait transmis ses droits, ne permettant pas à la cour de cassation de vérifier si l'acte constitue un juste titre dans le ses de la loi ; manque de base légale et encourt la cassation. »

[3]- **المادة 818 و827 من ق.م.**
انظر **المحكمة العليا**، غ.م، 1992/01/21، ملف رقم 82285، مذكور سابقا ؛ 2003/09/24، ملف رقم 251665، م.ق، 2003، عدد2، ص249.

[4]- **المحكمة العليا**، غ.ع، 2009/12/10، ملف رقم 565212، إ.ق.غ.ع، عدد خاص، ج3، 2010، ص 296 ؛ 2000/09/27، ملف رقم 198951، المرجع نفسه، 2004، ج2، ص 378 ؛ **تعليق أ. بوتارن فايزة**، نفس المرجع، ص 382 ؛ 2001/12/29، ملف رقم 215221، المرجع نفسه، ص 389.

[5]- **المحكمة العليا**، غ.ع، 2000/07/26، ملف رقم 200373، إ.ق.غ.ع، عدد خاص، ج2، 2004، ص 347 ؛ **تعليق أ. بوتارن فايزة**، المرجع نفسه، ص 353.

وعلى هذا، حكم القضاء الجزائري بأن إستغلال الأراضي المتنازع عليها مدة طويلة، نتيجة علاقة الإيجار، لا يعد بأي حال حيازة بالتقادم، ولا يترتب عليه التملك عن طريق التقادم المكسب.[1] كما أن علاقة القرابة بين طرفي النزاع تثير اللبس في الحيازة، وترجح التسامح، وتحول دون التمسك بالتقادم المكسب مهما طالت المدة ؛ ومن ثم عدم أحقية الطاعن في اكتساب الملكية عن طريق الحيازة.[2]

وجدير بالتنويه أنه **لا يجوز لقضاة الموضوع إثارة التقادم المكسب تلقائيا**، وفقا لقواعد الإجراءات العامة، **بل يجب على صاحب المصلحة التمسك بالحيازة القانونية**، وقيام عنصريها وشروطها التي تمكنه من اكتساب موضوع النزاع بالتقادم.[3]

ثانيا : حكم الحائز على شهادة الحيازة

ومن المعلوم كما أشرنا سابقا، أن **الحائز على شهادة الحيازة** من رئيس البلدية المختصة (Le certificat de possession)، بعد دراسة الملف والتحقيق والتحري في الشروط الخاصة بالحيازة ومدتها، في أراضي الملكية الخاصة التي لم يمسها المسح العام ولم تحرر عقودها ؛ **يعتبر حائزا بحسن النية، ويعامل معاملة الحائز، وفقا للسند الحيازي الذي تحصل عليه** (Titre possessoire).

كما أن القانون رقم 02/07 المؤرخ في 2007/02/27، المتضمن تأسيس إجراءات معاينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري، نص في مادته الأولى على أنه : لكل شخص يحوز عقارا في تراب البلديات التي لم مازالت لم تخضع لإجراء المسح العام للأراضي، المنصوص عليه بالمرسوم رقم 74/75 المؤرخ في 1975/11/12، حيازة قانونية وفقا للأحكام الواردة في القانون المدني، أن يطلب من الموثق

---

[1]- **المحكمة العليا**، غ.ع، 2003/12/17، ملف رقم 257706، م.ق، 2003، عدد2، ص 257.

[2]- المادة **1/808 و827** من ق.م.
المحكمة العليا، غ.ع، 2011/05/12، ملف رقم 658179، م.م.ع، 2011، عدد2، ص 160 ؛ 2006/04/12، ملف رقم 349406، م.م.ع، 2006، العدد2، ص407 ؛ 1998/10/28، ملف رقم 181874، م.ق، 1999، العدد1، ص76 ؛ **نقض مدني مصري**، 1945/01/11، م.ق، قاعدة 34، ص 450.

[3]- **المحكمة العليا**، غ.ع، 2000/09/27، ملف رقم 202755، م.م.ع، عدد خاص، 2004، ج2، ص 239.

المختص إقليميا إعداد عقد شهرة يتضمن إعترافا بالملكية. كما أن المواد 2 و4 و14 من القانون رقم 02/07 المشار إليه، أجازت للحائز حق الإحتجاج بالحيازة القانونية المؤدية للتقادم المكسب، والمطالبة بالإعتراف له بالحق عن عقار حازه وتسليمه سندا للملكية.[1]

فإن الحيازة التي يعتد بها القانون الجزائري، كسبب من أسباب كسب الملكية، هي تلك التي يتم إخضاعها لنظام الشهر العقاري، وفقا للقوانين والأنظمة الجاري بها العمل، ولاسيما أحكام الأمر رقم 76/ 62 المؤرخ في 1976/03/25 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام، والمرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتضمن تأسيس السجل العقاري ؛ وكذا أحكام القانون 02/07 المؤرخ في 2007/02/27، المتضمن تأسيس إجراءات معاينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق التحقيق العقاري.[2]

ومن ثم، له حق التمسك بالملكية، بإثارة التقادم المكسب للملكية والإحتجاج به، كسبب لكسب الملكية، عند إنقضاء الأجل القانوني المحدد (م 823 و827 من ق.م، و2/14 من المرسوم التنفيذي رقم 254/91 ؛ وكذا المرسوم رقم 352/83 المؤرخ في 1983/05/21 المتضمن إجراءات إثبات التقادم المكسب، وإعداد عقد الشهرة المتضمن الإعتراف بالملكية) ؛ ويمكن للشخص الحائز على هذه الشهادة طلب عقد الشهرة، طبقا للمرسوم رقم 352/83، عندما يتم مسح الأراضي العام في المنطقة، ويسلم له الدفتر العقاري تبعا لذلك.[3]

ويلاحظ ههنا، أن المشرع العقاري الجزائري قد قلص مدة الحيازة المشترطة لتسليم شهادة الحيازة إلى سنة واحدة، وفقا لأحكام المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 254/91، وهي مدة قصيرة جدا، قد تخلق عدة مشكلات وتسهل التحايل، وهي تتعارض مع المدة القانونية لإكتساب الملكية

---

[1] - أ. بيوت نذير، معاينة حق الملكية وتسليم مستندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري وفقا للقانون رقم 02/07 المؤرخ في 2007/02/27، الإجتهاد القضائي للغرفة العقارية للمحكمة العليا، م.م.ع، عدد خاص، ج3، 2010، ص 19.

[2] - د. ويس فتحي، الشهر العقاري في القانون الجزائري، المرجع المذكور، ص 423 وما بعدها.

[3] - راجع سابقا موضوع شهادة الحيازة.

بالتقادم المكسب الواردة في القانون المدني (م 827 و828 و829 من ق.م) ؛ بالنظر إلى الآثار القانونية المهمة التي رتبها المشرع على تسليم هذه الشهادة.[1]

كما أن المحكمة العليا إستقرت إجتهاداتها القضائية المشهورة، على أنه يجب في حالة الإحتجاج بالتقادم المكسب ؛ أن يبحث قضاة الموضوع في مدى توفر الحيازة على شرطيها المادي والمعنوي، بأن نشأت صحيحة خالية من العيوب، واستمرار المدة المحددة قانونا.[2] ومن ثم، فلا يجوز التمسك بالتقادم المكسب، إلا باستمرار الحيازة، بالبقاء في الأماكن موضوع النزاع لمدة 15 سنة، وفقا لأحكام المادة 827 من ق.م.[3]

ثالثا : عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة وبين دعوى الحق

لا يجوز للمدعي في القانون القضائي الجزائري الجمع بين دعوى الحيازة (action possesoire) ودعوى المطالبة بالحق (action pétitoire)، وإلا سقط إدعاؤه بالحيازة.[4]

فقد نصت المادة 527 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد الصادر عام 2008، على انه : "**لا يجوز للمحكمة المطروح عليها دعوى الحيازة أن تفصل في الملكية**". كما نصت المادة 529 من القانون نفسه على أنه : "**لا تقبل دعوى الحيازة ممن سلك طريق دعوى الملكية**"[5].

---

[1]- د. زواوي فريدة، الحيازة والتقادم المكسب، د.م.ج، الجزائر، 2000، ص 26 و124 وما بعدها. وراجع أ. حمدي باشا عمر، محررات شهر الحيازة، المرجع المذكور، ص 158 و159 ؛ أ. زروقي ليلى، شهادة الحيازة، محاضرة ألقيت في المعهد الوطني للقضاء، الدفعة 11، للعام 2001/2000 ؛ ولنفس الكاتبة، التقنيات العقارية، ج1، المرجع المذكور، ص 31 وما بعدها.

[2] - المحكمة العليا، غ.ع، 2004/06/23، ملف رقم 271312، ، إق.غ.ع، عدد خاص، 2010، ج3، ص262.

[3] - المحكمة العليا، غ.ع، 2000/11/22، ملف رقم 200495، إق.غ.ع، عدد خاص، 2004، ج2، ص216.

[4] - راجع المادة 416 و418 و419 و530 من ق.إ.م.إ الجديد لعام 2008.
"**إن التقادم المكسب هو طريق من طرق إكتساب الملكية، وهو ليس بدعوى الحيازة، فلا يسوغ لمن** سلك دعوى الحيازة أن يسلك دعوى الملكية ؛ ولا يجوز الفصل في دعوى الملكية إذا طرحت دعوى الحيازة وفقا للمادة 415 من ق.إ.م.ج...".
انظر المحكمة العليا، غ.ع، 2001/02/28، ملف رقم 205549، القرار المذكور ؛ 2001/07/25، ملف رقم 215749، م.ق، 2002، عدد2، ص 396.

[5]- ومن ثم، تسقط دعوى إسترداد الحيازة بحسب مقتضيات المواد 525 و526 و527 و528 و529 و530 من ق.إ.م.إ بإقامة المدعي دعوى إثبات الحق في أصل الملك ولو في أثنائها.

ومن ثم، **يستوجب قانونا إعطاء الدعوى التكييف الحقيقي لها منذ بداية الإجراءات القضائية**، لأن الخطأ في تكييف الدعوى يؤدي حتما إلى بسط رقابة المحكمة العليا القانونية، إما تجاه المدعي الذي يتعين عليه إثبات إدعاءاته بكل دقة منذ بداية النزاع، وإما تجاه القضاة الذين يتعين عليهم قانونا تحديد نوع الدعوى منذ بداية الإجراءات ؛ فإن الجزاء القانوني المترتب على تعديل أو تغيير الدعوى بعد تكييفها هو بسط الرقابة على الأحكام بالنقض والإبطال.[1]

وهذا، وفقا للقاعدة المشهورة في الإجراءات المدنية التي تقتضي بـ : "**عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الحق**" (La règle du non-cumul du possessoire et du pétitoire)، فلا يجوز طبقا لأحكام ومقتضيات **المواد 526 و527 و528 من ق.إ.م.إ**، الحكم في دعاوى الحيازة على أساس ثبوت الحق أو نفيه.[2] ومن ثم، **لا يجوز للمدعي أن يجمع بين دعوى الحيازة وبين المطالبة بالحق (الملك)**، وإلا سقط إدعاؤه بالحيازة (م 529 من ق.إ.م.إ) ؛[3] كما أنه لا

"من المقرر قانونا عدم جواز الجمع بين دعوى الملكية ودعوى الحيازة ؛ ومن ثم لا يمكن للمدعي السالك طريق دعوى الملكية التمسك بالحيازة."
راجع **المحكمة العليا**، غ.ع، 2001/01/31، ملف رقم 206296، إ.ق.غ.ع، عدد خاص، 2010، ج3، ص156 ؛ تعليق **حاج صدوق الجيلالي**، دعاوى الملكية ودعاوى الحيازة، المرجع نفسه، ص 161.
"من المقرر قانونا عدم جواز ممارسة دعوى الحيازة بعد ممارسة دعوى الملكية."
أنظر **المحكمة العليا**، غ.ع، 2000/07/26، ملف رقم 200373، تعليق **أ. بوتارن فايزة**، م.م.ع، عدد خاص، 2004، ج2، ص 353.

[1]- Djilali hadj sadok, Actions pétitoires et actions possessoires, Rev. Cour. Sup, N° Spécial, 2010, t.3, p176 ; Elisabeth Michelet, La règle du non-cumul du possessoire et du pétitoire, Thèse, Paris, 1973, p 20 et s.

[2]- "من المقرر قانونا، عدم الجمع بين دعوى الملكية ودعوى الحيازة."
أنظر **المحكمة العليا**، غ.ع، 2008/09/10، ملف رقم 475868، إ.ق.غ.ع، عدد خاص، 2010، ج3، ص 184 ؛ 2001/02/28، ملف رقم 205549، إ.ق.غ.ع، 2004، ج2، ص 350 ؛ تعليق أ. بوتارن فايزة، المرجع نفسه، ص 366.
راجع **د. محمد علام**، قاعدة عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى أصل الحق، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2006، ص 12 وما بعدها ؛ **د. علي حسن**، التقادم في المواد المدنية والتجارية، ص190 وما بعدها ؛ **د. محمد المنجي**، الحيازة، دراسة تأصيلية للحيازة من الناحيتين المدنية والجنائية، ص177 وما يليها.

[3]- "من المقرر قانونا، عدم الجمع بين دعوى الملكية ودعوى الحيازة، وهي قاعدة في الإجراءات (م 527 من ق.إ.م جديد) ؛ ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما حكموا بخلاف هذا المبدأ، خرقوا القانون وعرضوا قرارهم للنقض والإبطال...".

يجوز أن يدفع المدعى عليه دعوى الحيازة بالإستناد إلى الحق، ولا تقبل دعواه بالحق قبل الفصل نهائيا في دعوى الحيازة، وتنفيذ الحكم الذي يصدر فيها، إلا إذا تخلى بالفعل عن الحيازة لخصمه (م 530 من ق.إ.م.إ).[1]

فلا يجوز قانونا للمحكمة المطروحة عليها دعوى الحيازة أن تفصل في الملكية بأي حال (م 527 من ق.إ.م.إ)،[2] وعلى القضاة أن يتقيدوا بالحدود التي سطرها الخصوم لأنفسهم، وأن يفصلوا في مسألة الحيازة دون التعرض للملكية.[3] فلا يجوز للمدعى عليه في دعوى الحيازة المطالبة بالملكية، إلا بعد الفصل نهائيا في دعوى الحيازة؛[4] كما أنه لا يمكن لقضاة الموضوع تغيير التكييف، والفصل في الحيازة لمجرد عجز المدعي عن إثبات المالكية.[5]

راجع **المحكمة العليا**، غ.ع، 2011/03/10، ملف رقم 644829، م.م.ع، 2011، عدد1، ص145؛ 2005/10/12، ملف رقم 321463، م.م.ع، 2010، عدد خاص، ج3، ص 177؛ 2001/02/28، ملف رقم 205549، القرار المذكور؛ 2001/01/31، ملف رقم 206296، م.م.ع، عدد خاص، 2010، ج3، ص 156.

"**لا يجوز قانونا الجمع بين دعوى الملك ودعوى اليد**، وهو ما جرى به قضاء محكمة النقض." أنظر **نقض مدني مصري**، 1955/01/13، م.ق.ق، 1، 646، 147.

[1]- **المحكمة العليا**، غ.ع، 2011/03/10، ملف رقم 644829، م.م.ع، 2011، عدد1، ص145؛ 2011/05/12، ملف رقم 658179، مذكور سابقا، م.م.ع، 2011، عدد2، ص160.

[2]- " من المقرر قانونا أنه: "**لا يجوز للمحكمة المطروح عليها دعوى الحيازة أن تفصل في الملكية** (المادة 527 من ق.إ.م.إ). ومن ثم، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون".
ولما كان من الثابت في قضية الحال، أن موضوع دعوى الطاعن تتعلق بإعادة الجزء المغتصب من الأرض التي يحوزها، فإن قضاة الإستئناف بإبطالهم الخبرة التي أثبتت وقوع الإعتداء على أساس عقد بيع باطل، لم يكن قط محل جدال لوقوعه مع أشخاص آخرين أجانب عن الخصومة، يكونوا قد تعرضوا للملكية خارقين بذلك القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه...".
المحكمة العليا، غ.م، 1985/05/08، ملف رقم 35626، م.ق، 1992، عدد4، ص19؛ 1989/11/15، ملف رقم 56026، م.ق، 1990، عدد2، ص32؛ 1985/03/06، ملف رقم 34928، م.ق، 1989، عدد4، ص39.

[3]- **لا يجوز الجمع بين دعوى الملكية ودعوى الحيازة.**
أنظر المادة 527 و530 إجراءات مدنية جزائري جديد لعام 2008، و413 و414 و416 إجراءات مدنية جزائري قديم.
وراجع **المحكمة العليا**، غ.ع، 2008/09/10، ملف رقم 475868، م.م.ع، 2010، عدد خاص، ج3، ص184؛ 2001/12/29، ملف رقم 215217، إ.ق.غ.ع، 2004، عدد خاص، ج2، ص 326.

[4]- **المحكمة العليا**، غ.ع، 2011/03/10، ملف رقم 644829، المشار إليه؛ 2001/02/28، ملف رقم 205549، القرار المذكور.

[5]- **المحكمة العليا**، غ.ع، 2001/01/31، ملف رقم 206296، المشار إليه.

ولا يكتسب الحكم القضائي الفاصل في دعوى الحيازة الحجية تجاه دعوى الملكية المرفوعة، وصدر فيها حكم تمهيدي بتعيين خبير، لإختلاف طبيعة الدعويين ؛[1] وإن كان القانون يجيز للمدعي الذي سلك دعوى الحيازة المطالبة بالملكية.[2]

وعلى ذلك، إستقر قضاء المحكمة العليا في إجتهاداتها المشهورة بانه : يجب في حالة التمسك بالتقادم المكسب، البحث في مدى توفر الحيازة على شرطيها المادي والمعنوي، واستمرار المدة المحددة قانونا ؛[3] فلا يجوز التمسك بالتقادم المكسب قانونا إلا باستمرار الحيازة، بالبقاء في الأماكن موضوع النزاع لمدة 15 سنة ؛[4] ولا فرق بين العقارات من حيث توفر أو انعدام السند وفقا لمقتضيات المادتين 827 و831 من ق.م.[5]

فإن الأساس الأصلي لدعاوى الحيازة، هو البحث في الحيازة بصفتها وعناصرها وشروطها ومدتها القانونية، فلا محل للتطرق بشأنها للملكية بأي حال،[6] ولا حجية للحكم الفاصل في دعوى الحيازة على دعوى الملكية

---

[1]- المحكمة العليا، غ.ع، 2000/09/27، ملف رقم 202733، إق.غ.ع، عدد خاص، 2004، ج2، ص368.

[2]- **إن سلوك طريق دعوى الملكية بعد دعوى الحيازة جائز قانونا.** أنظر المحكمة العليا، غ.ع، 1999/02/24، ملف رقم 184949، إق.غ.ع، عدد خاص، 2004، ج2، ص 372.

[3]- المحكمة العليا، غ.ع، 2013/07/11، ملف رقم 0765293، غير منشور ؛ 2008/05/14، ملف رقم 448006، ، إق.غ.ع، عدد خاص، 2010، ج3، ص107 ؛ 2004/06/23، ملف رقم 271312، ، إق.غ.ع، عدد خاص، 2010، ج3، ص262 ؛ 1987/07/01، ملف رقم 40189، م.ق، 1989، العدد4، ص 20.
"أن إثارة التقادم المكسب، كطريق من طرق إكتساب الملكية، أمام قضاة المجلس، لا يعد طلبا جديدا، يستوجب اعتباره والفصل فيه." المحكمة العليا، غ.ع، 2001/02/28، ملف رقم 205549، غير منشور.

[4]- المحكمة العليا، غ.ع، 2000/11/22، ملف رقم 200495، إق.غ.ع، عدد خاص، 2004، ج2، ص216.

[5]- **"من المقرر قانونا، انه تقوم الملكية على أساس التقادم المكسب، عند توافر شروط الحيازة، ولا يشترط فيها توفر السند الصحيح."** راجع المحكمة العليا، غ.ع، 2005/05/18، ملف رقم 300815، ، إق.غ.ع، عدد خاص، 2010، ج3، ص268.
فلا يمنع توفر العقار على دفتر عقاري من اكتسابه بالتقادم وفقا لأحكام المادة 827 من ق.م ؛ غ.ع، 2008/07/16، ملف رقم 423832، ، إق.غ.ع، عدد خاص، 2010، ج3، ص274 ؛ تعليق د. **لحلو غنيمة**، مدة الحيازة إبتداء من يوم ابرام عقد البيع العقاري العرفي، المجلة نفسها، ص 280 وما بعدها.

[6]- **المحكمة العليا**، غ.ع، 2000/05/31، ملف رقم 192720، ، إق.غ.ع، عدد خاص، 2004، ج2، ص356 ؛ 2001/10/24، ملف رقم 218221، م.ق، 2002، عدد2، ص 365 ؛ غ.م، 1985/05/08، ملف رقم 35626، م.ق، 1992، عدد4، ص 19.

لاختلاف طبيعة الدعويين.[1] ومن ثم، فإن التمسك بالتقادم المكسب في دعوى الحيازة يعد دفعا بالملكية[2] ؛ **فلا يجوز التمسك بالحيازة في دعوى الملكية**، على اعتبار أن الحيازة في هذه الحالة تعد من أسباب إكتساب الملكية لإقترانها بالمدة الطويلة المقررة قانونا وفقا لنص المادة 827 من ق.م.[3]

ومن ثم، فإن القاضي المعروضة عليه دعوى الحيازة ملزم قانونا بالإكتفاء بموضوعها، وعدم مناقشة مسألة الملكية والعقود؛[4] فهو غير ملزم بفحص سندات الملكية في دعوى حماية الحيازة.[5] كما أنه لا يجوز الفصل في أصل النزاع المتعلق بالملكية، وفحص ما يتمسك به أطراف الخصومة من مستنداتها، إلا أن يكون ذلك على سبيل الإستئناس، يستخلص منها قضاة الموضوع كل ما كان متعلقا بالحيازة.[6]

وعلى هذا الأساس، فإنه من غير المقبول فحص مستندات ملكية الخصوم في دعاوى الحيازة، والبت في شأنها، ولو تمسك بذلك الخصوم أمام قضاة الاستئناف، لما في ذلك من المساس بالحق وجودا وعدما.[7] كما

---

[1] - من المقرر قانونا أنه: **لا تقبل دعوى الحيازة ممن سلك طريق المطالبة بالملكية، ولو في قضايا مختلفة**؛ ولا يكتسب الحكم القضائي الفاصل في دعوى الحيازة حجية الشيء المقضي فيه بالنسبة لدعوى الملكية، وفقا للمادة 338 مدني جزائري و418 و419 إجراءات مدنية جزائري. ولذا فإن قضاة الاستئناف لما رفضوا الدعوى لسبق الفصل فيها، دون التأكد من وحدة الموضوع والسبب والأطراف، لم يسببوا قرارهم تسبيبا كافيا، وأساءوا تطبيق القانون، ومن ثم عرضوا قرارهم للنقض والإبطال...".
المحكمة العليا، غ.ع، 2000/09/27، ملف رقم 202733، إ.ق.غ.ع، عدد خاص، 2004، ج2، ص368 ؛ 2000/07/29، ملف رقم 200373، المرجع نفسه، ج2، ص347 ؛ 1999/02/24، ملف رقم 184949، المرجع نفسه، ص372 ؛ غ.م، 1992/03/25، ملف رقم 87672، م.ق، 1993، عدد4، ص 33؛ غ.م، 1989/12/27، ملف رقم 57979، م.ق، 1993، عدد3، ص27.

[2] - المحكمة العليا، غ.ع، 2001/02/28، ملف رقم 205549، غير منشور.

[3] - المحكمة العليا، غ.ع، 2005/10/12، ملف رقم 321463، إ.ق.غ.ع، عدد خاص، 2010، ج3، ص 177.

[4] - المحكمة العليا، غ.ع، 2000/07/26، ملف رقم 200162، إ.ق.غ.ع، عدد خاص، 2004، ج2، ص 336 ؛ تعليق أ. بوتارن فايزة، المرجع نفسه، ص 341.

[5] - المحكمة العليا، غ.ع، 2000/10/25، ملف رقم 200565، إ.ق.غ.ع، عدد خاص، 2004، ج2، ص 311.

[6] - المحكمة العليا، غ.ع، 2008/09/10، ملف رقم 475868، مذكور سابقا.

[7] - "إن القضاة غير ملزمين بفحص سندات الملكية والعقود في دعاوى الحيازة، ويتعين عليهم الإكتفاء بالبحث عن صحة الحيازة...".
المحكمة العليا، غ.ع، 2001/02/28، ملف رقم 261176، إ.ق.غ.ع، 2004، ج2، ص342 ؛ 2000/07/26، ملف رقم 200162، المرجع نفسه، ص 336 ؛ 2000/10/25، ملف رقم 200565، إ.ق.غ.ع، 2004، عدد خاص، ج2، ص 311 ؛ 2001/02/28، ملف رقم 207918،

أنه لا يجوز المطالبة بالملكية، عن طريق الطعن باعتراض الغير الخارج عن الخصومة، في الحكم الفاصل في دعوى الحيازة.[1]

رابعا : موقف الفقه الإسلامي من التقادم المكسب

لا يكتسب الحق في الفقه الإسلامي بمرور الزمن مهما طال الأمد، بل يظل الشيء ملكا لصاحبه الأصلي، ولا ينقضي بمرور الزمن، لقوله صلى الله عليه وسلم : **"لا يبطل حق أمرى مسلم وإن قدم" ؛ ولكنه لا تسمع دعوى المدعي ضد الحائز للشيء بصفة فعلية لمدة طويلة،** متى توافرت شروطها بانقضاء خمس عشرة سنة، بدون عذر شرعي كالغيبة أو سغر السن أو الإكراه أو غير ذلك من الأسباب، التي تمنع صاحب الحق من المطالبة بحقه.[2]

وعلى هذا، يرى الكثير من فقهاء الشريعة الإسلامية أنه : **لا يجوز اكتساب حق الغير بحيازة محله مهما طال الزمن** ؛ فإذا لم تكن مدة الحيازة طويلة، أو كان للمدعي عذر شرعي يمنعه من المطالبة بحقه طول مدة وضع يد الحائز عليها، كأن كان غائبا أو مسجونا أو فاقدا للأهلية وليس له ولي شرعي، أو كان طاغية يخشاه الناس، فإن دعوى المدعي تسمع قضاء ويتم الفصل في حقه.[3]

إن الحق في الفقه الإسلامي لا ينقضي ولا يسقط مهما طال الزمن أو تقادم، ولكن الذي يسقط هو دعوى المطالبة به قضائيا ؛ وإنما يترتب عليه بمرور الزمن مدة معينة، **منع سماع الدعوى بالحق، مع بقاء الحق لصاحبه،** حماية للوضع الظاهر وسدا لباب الغش والإحتيال، وقطعا للدعاوى المزورة الكاذبة.[4]

إق.غ.ع، 2004، عدد خاص، ج2، ص 299 ؛ **نقض مدني مصري،** 1963/11/28، م.أ.ن، 14، 1112، 158 ؛

[1]- " من المقرر قانونا أنه: **لا يجوز للقاضي المعروضة عليه دعوى الحيازة أن يفصل في الملكية."** **المحكمة العليا** ، غ.ع، 2000/05/31، ملف رقم 192720، مذكور سابقا ؛ 1999/11/24، ملف رقم 191807، إ.ق.غ.ع، 2004، عدد خاص، ج2، ص 316.

[2]- ورد ذكره في **أبحاث هيئة كبار العلماء،** السعودية، ج7، ص 248.

[3]- **اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء السعودية،** التقادم في مسألة وضع اليد، مجلة البحوث الإسلامية، الرياض، العدد39 ؛ وراجع هنا: **د. أحمد خالدي،** الحيازة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2015 ؛ **د. محمد عبد الجواد محمد،** الحيازة والتقادم في الفقه الإسلامي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1977، ص 20 وما بعدها.

4- **د. على الخفيف،** الملكية في الشريعة الإسلامية، ص 256 و257 ؛ **د. سعد الخثلان،** الزمن في الديون وأحكامه الفقهية، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، الرياض، العدد68، 2005 ؛ **د. محمد الخميس،** أثر التقادم في الواجبات المالية، مجلة العدل، الرياض، العدد 51، رجب 1432ه.

وذكر المالكية بأنه : إذا وضع شخص يده على منقول أو عقار بحسن نية، وطالت مدة الحيازة، ولم يطالب الغير بحقه طيلة هذه المدة المعينة التي حددها الفقهاء ؛ فإن الحيازة إما أن تكون سببا من أسباب كسب الملكية بالنسبة للأشياء التي لا يعرف مالكها (وهي الحيازة مع جهل أصل الملك)، وإما أن تكون سببا من أسباب نقل الملكية من المالك الأصلي الذي لم يحرك ساكنا إلى الحائز (وهي الحيازة مع العلم بأصل الملك)، لقوله عليه الصلاة والسلام : "من حاز شيئا عشر سنين فهو له"[1]

غير أنه في القوانين الوضعية من كان حائزا لحق، اعتبر صاحبه حتى يقوم الدليل على العكس ؛ فيكفي أن تدوم حيازة الحائز المدة التي ذكرها القانون.[2] ومن ثم، **تعتبر الحيازة لمدة طويلة قرينة على الحق**، فهي قد تكون دليلا عليه، فتكتسب بتحققها الملكية والحقوق العينية القابلة للحيازة.[3]

وفي هذا الشأن، **لا تسمع دعوى الإرث ولا دعوى الوقف**، على من كان واضعا يده على عقار لمدة طويلة، متصرفا فيه تصرف المالك، بلا منازعة ولا خصومة أو انقطاع **لمدة تتجاوز 33 سنة في القانون المدني الجزائري** (م 829 مدني جزائري) ؛[4] لأن ترك المدعي الدعوى طول هذه المدة مع التمكن وعدم

---

1 - **الإمام مالك**، المدونة الكبرى، ج13، ص 42 ؛ **د. محمد بن معجوز**، الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، بدون دار نشر، 2008، ص 288 و289.

2 - **المحكمة العليا** ، غ.ع، 2000/07/26، ملف رقم 199710، م.م.ع، 2004، عدد خاص، ج2، ص 202

3- **د. علي أحمد حسن**، التقادم في المواد المدنية والتجارية، ص 28، وما بعدها ؛ **د. السيد عرفه**، الحيازة المدنية وحمايتها الجنائية، ص 51 وما بعدها.

4 - **فإنه لا مجال لتطبيق أحكام التقادم المكسب بين الورثة**، فلا يوجد في القانون ما ينص على أن للوارث حق التملك بالتقادم لنصيب غيره من الورثة الشرعيين، ولا تكسب بالتقادم الحقوق الميراثية إلا إذا دامت الحيازة ثلاثا وثلاثين سنة، دون إكراه أو خفاء أو إلتباس، وإلا أصبحت بدون أثر ؛ ويحسب التقادم للحقوق الميراثية من التاريخ الذي انقطع فيه التقادم بالمطالبة القضائية (م 317 و829 من ق.م). أنظر **المحكمة العليا**، غ.أ.ش، 2000/02/22، ملف رقم 232678، م.ق، 2001، العدد1، ص 264 ؛ غ.أ.ش، 2000/02/22، ملف رقم 232678، م.ق، 2001، العدد1، ص 264 ؛ 1987/05/06، ملف رقم 40944، م.ق، 1991، العدد3، ص 15 ؛ 1998/03/17، ملف رقم 185202، م.ق، 1999، العدد1، ص 115 ؛ 1996/11/24، ملف رقم 85520، م.ق، 1996، العدد2، ص 65.

" من المقرر قانونا أن الحقوق الميراثية لا تتقادم بالحيازة فيما يتعلق بالورثة القصر، لأن التركة لا علاقة لها بالحيازة." راجع **المحكمة العليا**، غ.ع، 2006/02/08، ملف رقم 340189، ن.ق، 2008، العدد62، ص 404 ؛ 1998/03/17، ملف رقم 185202، المشار إليه.

العذر الشرعي، يدل على عدم الحق ظاهرا.[1] كما أنه لا تكفي المدة المنصوص عليها في المادة 829 من ق.م لإكتساب الحقوق الميراثية، بل يجب البحث عن شروط الحيازة القانونية، وخاصة إثبات أن وضع اليد كان وضعا فعليا ظاهرا مستمرا وهادئا وغير غامض (م 808 و829 من ق.م).[2]

فقد استقر إجتهاد المحكمة العليا على أن : **التقادم المكسب يسري في مواجهة جميع أصحاب العقارات مهما كانت طبيعة سنداتهم، وفي مواجهة جميع الحقوق، ومنها الحقوق الميراثية التي تتقادم بمرور 33 سنة،** وفقا لنص المادة 829 من ق.م ؛[3] كما أن سريان التقادم المكسب، وليس الدفع أو التمسك به، من عدمه هو من النظام العام.[4]

ومن ثم، يسري التقادم المكسب للحقوق الميراثية في مواجهة جميع أصحاب العقارات، مهما كانت طبيعة سنداتهم، غير أنه **يجب على حائز الحق المتعلق بالميراث إثبات دوام حيازته القانونية لمدة 33 سنة ؛** بأن يتمسك بها بإثبات دوام الحيازة القانونية بتوفر شروط الحيازة المنصبة على الحقوق

---

* إن سريان أجل تقادم الحقوق الميراثية، في حالة وجود قصر، لا يبدأ إلا من بلوغهم سن الرشد القانونية." أنظر **المحكمة العليا**، غ.ع، 2000/06/28، ملف رقم 194378، إق.غ.ع، م.م.ع، 2004، عدد خاص، ج2، ص 206. راجع للإستزادة: د. **بلحاج العربي**، الوجيز في التركات والمواريث في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد، دار هومه، الجزائر، ط2، 2015، ص 108 و109.

1- **ابن عابدين**، رد المحتار، ج4، ص 358 .

2- "**من المقرر قانونا أنه في جميع الأحوال لا تكتسب بالتقادم الحقوق الميراثية إلا إذا دامت الحيازة ثلاثة وثلاثين سنة، وألا تكون مقرونة بالإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها إلتباس، وإلا اصبحت بدون أثر تجاه من وقعت عليه.**" أنظر **المحكمة العليا**، غ.أ.ش، 2011/06/09، ملف رقم 629657، م.م.ع، 2011، العدد1، ص 266 ؛ 1994/11/15، ملف رقم 110173، م.ق، 1994، العدد3، ص 84 ؛ غ.ع، 2000/09/27، ملف رقم 202755، م.م.ع، 2004، عدد خاص، ج2، ص239 ؛ غ.م، 1990/09/24، ملف رقم 62624، م.ق، 1992ن العدد2، ص 24.

3- "**من المقرر قانونا أنه تنتقل الملكية بالإرث بقوة القانون بمجرد وفاة المورث، وفقا لأحكام المواد 774 و827 و829 من ق.م، وأن الملكية الخاصة الميراثية هي سبب من أسباب كسب الملكية، وإثباتها غير محصور في العقد الرسمي فقط، بل يجوز إثباتها بالتقادم المكسب كطريق من طرق اكتساب الملكية أيضا عند توفر شروط الحيازة الطويلة.**" **المحكمة العليا**، غ.ع، 2014/06/12، ملف رقم 853794، م.م.ع، 2014، العدد2، ص 315 ؛ 2014/03/13، ملف رقم 835419، المجلة نفسها، 2014، العدد1، ص 360 ؛ 2013/12/12، ملف رقم 798374، م.م.ع، 2013، العدد2، ص333 ؛ غ.م، 1982/04/14، ملف رقم 24770، م.ق، 1989، العدد4، ص 55 ؛ 1966/02/20، م.ج، 1968، العدد4، ص 227.

4- **المحكمة العليا**، غ.ع، 2013/12/12، ملف رقم 0798374، م.م.ع، 2013، العدد2، ص 335.

الميراثية، بصفة هادئة وعلنية ومتواصلة ومستمرة، بدون لبس طيلة المدة الزمنية المحددة قانونا وهي مدة ثلاثة وثلاثين سنة.[1]

ومن المعلوم أن التشريع الجزائري لم يرد فيه أي نص يمنع التقادم، خاصة وأن تقرير سريان التقادم المكسب، ليس الدفع به أو التمسك به من عدمه، هو من النظام العام.[2] غير أنه **لا يمكن لقضاة الموضوع إثارة التقادم المكسب المنصوص عليه في المادة 829 من ق.م تلقائيا**،[3] فلا يسري حكم المادة المذكورة على المدعي المطالب بقسمة حقوق ميراثية، في حالة عدم الدفع بالحيازة القانونية للأمكنة مدة 33 سنة من طرف المدعي عليه.[4]

ب- تملك الثمار بالحيازة

يترتب على تمسك الحائز بالحيازة، أي بالتقادم المكسب، ملكية الشيء محل الحيازة واكتساب ما يقبضه من الثمار بأثر رجعي، ما دام حسن النية، وفقا لأحكام المادتين 824 و837 من ق.م[5]. وهذا يعود إلى وقت بدء سريان التقادم،

---

[1] - **إن التقادم المنصوص عليه في المادة 829 من ق.م يخص التقادم المكسب للحقوق الميراثية، وهو لا يتعلق بالتقادم المسقط؛ ومن ثم لا يمكن القضاء بسقوط الحقوق الميراثية لمجرد عدم المطالبة بها لمدة 33 عاما.** المحكمة العليا، غ.ع، 2002/02/20، ملف رقم 220023، إ.ق.غ.ع، م.ق، عدد خاص، 2004، ج2، ص 228؛ 2001/01/18، ملف رقم 257099، م.ق، 2004، العدد2، ص 331؛ 2000/11/22، ملف رقم 204939، إ.ق.غ.ع، عدد خاص، 2004، ج2، ص 233؛ 2000/06/28، ملف رقم 194378، المرجع نفسه، ص 206؛ 1989/04/19، ملف رقم 51109، م.ق، 1991، العدد1، ص 17؛ 1984/11/05، ملف رقم 33797، م.ق، 1989، العدد3، ص 71.

[2] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2013/12/12، ملف رقم 0798374، المشار إليه؛ غ.م، 2000/02/22، ملف رقم 232678، م.ق، 2001، العدد1، ص 264.

"يحسب التقادم المتعلق بالحقوق الميراثية وفقا للمادتية 317 و829 من ق.م من التاريخ الذي انقطع فيه التقادم بالمطالبة القضائية." **المحكمة العليا**، غ.أ.ش، 2006/11/15، ملف رقم 374633، م.م.ع، 2007، العدد1، ص 513.

" إن عدم تعرض قضاة الإستئناف لمناقشة الدفع بتقادم الحقوق الميراثية المثار من طرف الطاعن، والحكم بخلاف أحكام المادة 829 من ق.م، يعد قصورا في التسبيب يستوجب معه نقض وإبطال القرار المطعون فيه...". **المحكمة العليا**، غ.ع، 2005/07/13، ملف رقم 311686، ن.ق، 2006، العدد61، ص 348.

[3] - **المحكمة العليا**، غ.م، 1987/05/06، ملف رقم 40944، م.ق، 1991، العدد3، ص 15.

[4] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2000/09/27، ملف رقم 202755، مذكور سابقا؛ تعليق أ. بونارن فايزة، إ.ق.إ.غ.ع، 2004، عدد خاص، ج2، ص 243. لا يجب الخلط بين التقادم المكسب المقرر في المادة 829 من ق.م، وبين التقادم المسقط للحقوق الميراثية.

[5] - **" من المقرر قانونا أن الحائز يكسب ما يقبضه من الثمار، ما دام حسن النية، طبقا للمادة 837 من ق.م." أنظر المحكمة العليا**، غ.م، 1987/05/20، ملف رقم 38340.

وليس من وقت إكتمال التقادم (possession L'acquisition des fruits par)؛[1] وتعتبر الثمار الطبيعية أو الصناعية مقبوضة من يوم فصلها، وأما الثمار المدنية فتعتبر مقبوضة يوما فيوما.[2] وينتج عن هذا نتيجتان مهمتان :

أ- **أنه يتملك ثمار الشيء محل الحيازة، منذ بدء الحيازة، بصفته مالكا.**

ب- **أن كل ما رتبه الحائز من حقوق عينية على الشيء أثناء** سريان مدة التقادم، تبقى صحيحة قانونا، باعتبارها صادرة من مالك. **غير أن القانون المدني الجزائري يفرق ههنا بين حالتين مهمتين وهما :**

1- **إذا كان الحائز** حسن النية، فانه يتملك الثمار الطبيعية أو المستحدثة، أي منتجات محل الحيازة التي قبضها وهو حسن النية، **بصفته مالكا منذ بدء الحيازة**؛[3] وله في حالة النزاع حق استرداد ما أنفقه في إنتاج الثمار والغلاتالتي قبضها. فإن الحائز يكسب ما يقبضه من ثمار، ما دام أنه كان ذا نية حسنة، **وأن حسن النية مفترض ما لم يثبت العكس.**[4]

فإنه يفترض حسن النية لمن يحوز حقا عقاريا في التقادم الطويل، وهي مدة 15 سنة، حتى يقوم الدليل على عكس ذلك، بحسب المادة 824 من ق.م، وهو يجهل أنه يتعدى على حق الغير، إلا إذا كان هذا الجهل ناشئا عن خطأ جسيم؛ لأنه : "**لا يجوز لأحد وفقا لأحكام الحيازة أن يكسب بالتقادم على خلاف سنده**" بحسب مقتضيات المادة 831 من ق.م؛[5] غير أنه في التقادم القصير بعشر سنوات، حسن النية والسند ضروريان.[1]

---

[1]- **المحكمة العليا**، غ.ع، 2011/03/10، ملف رقم 644829، م.م.ع، 2011، عدد1، ص145.
"تستفيد المستثمرة الفلاحية الجماعية الحائزة من ثمار الحيازة وفقا للمادتين 824 و837 من ق.م، وأحكام القانون رقم 19/87" ؛ غ.ع، 2009/10/15، ملف رقم 546751، إ.ق.إ.غ.ع، 2010، عدد خاص، ج3، ص 404 ؛ تعليق **د. لحلو غنيمة**، الحيازة والأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية الخاصة للدولة، حق الإنتفاع الدائم، المرجع نفسه، ص 408.
Voir Lahlou-Khiar Ghenima, La possession et les terres agricoles du domaine privé de l'etat, Objet du droit de jouissance perpétuelle ; Rev. Cour suprême, 2010, N° Spécial, t.3, P 413.

[2]- المادة 837 من ق.م.

[3]- "**من المقرر قانونا، أن الحائز يتملك الثمار ما دام حسن النية وفقا لمقتضيات المادة 837 من ق.م.**" **المحكمة العليا**، غ.ع، 2009/10/15، ملف رقم 546751، إق.غ.ع، عدد خاص، 2010، ج3، ص 404.

[4]- المادة 824 و831 و837 من ق.م.

[5]- **يفترض حسن النية دائما في من يتمسك بالحيازة، ما لم يقوم الدليل على العكس.**

وينتهي حق الحائز في كسب الثمار من الوقت الذي يصبح فيه عالما أن حيازته اعتداء على الغير، فيصبح عندئذ سيء النية، وينتهي من ثم حقه في كسب ثمار وغلات الشيء محل الحيازة.

فإذا اقترنت الحيازة بحسن النية، كأن يشتري شخص مالا من غير مالك، معتقدا أنه يتعامل مع المالك الحقيقي، فإن الحائز يجوز له قانونا في مثل هذه الحالة أن يحتفظ بالثمار، إذا أجبر على رد المال إلى مالكه الحقيقي.

وعلى المالك الذي يرد إليه ملكه، أن يدفع إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات النافعة اللازمة ؛[2] غير أنه إذا كانت المصروفات كمالية، فليس للحائز أن يطلب بشيء منها، فيجوز له أن يزيل ما أحدثه من المنشآت بشرط أن يرد الشيء بحالته الأولى، إلا إذا اختار المالك أن يستبقيها مقابل دفع قيمتها (م 784 و785 و839 إلى 841 من ق.م).

2- وأما إذا كان الحائز سيء النية، فإنه يلتزم بأن يرد للمالك القانوني الثمار التي قبضها من الوقت الذي أصبح فيه سيء النية، ويرد هذه الثمار عينا إن كانت لا تزال بيده ؛ أو قيمتها إذا كان قد استهلكها.

فإنه يكون الحائز سيء النية مسؤولا عن جميع الثمار التي قبضها أو قصر في قبضها، من الوقت الذي أصبح فيه سيء النية، غير أن يجوز أن يسترد ما أنفقه في إنتاجها (La répitition des dépenses)، طبقا للمادة 838 من ق.م.[3]

وهو ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية في مجال منافع الغصب وضمانها، وخاصة عند الحنفية ؛ فإنها عندهم لا تضمن، لا يجوز للغاصب الإحتفاظ بها لنفسه، بل يجب عليه ردها إلى المالكالشرعي لأنها من حقه.[1]

المحكمة العليا، غ.ع، 2009/10/15، ملف رقم 546751، المشار إليه ؛ تعليق د. لحلو غنيمة، المرجع نفسه، ص 408 وما يليها ؛ 2000/07/26، ملف رقم 201978، إ.ق.غ.ع، 2004، ج2، ص 331 ؛ تعليق أ. بوتارن فايزة، المجلة نفسها، ص 335.

[1] - المحكمة العليا، غ.ع، 2000/07/26، ملف رقم 201978، إ.ق.غ.ع، 2004، ج2، ص 331؛ تعليق أ. بوتارن فايزة، المجلة نفسها، ص 335.

[2] - نقض مدني فرنسي، 3، 1985/30/12، Bull. Civ، 3، رقم 50.

[3] - المادة 838 من ق.م.

ج- مسؤولية الحائز عن تبعة الهلاك

يتحمل الحائز سيء النية جميع المخاطر، عما يعيب الشيء محل الحيازة، من هلاك أو تلف أو ضياع، إلاإذا اثبت أنالشيء كان سيهلك أوسيتلف لو كان باقيا الشيء في يد مالكه (أو مستحقه).[2]

ومن ثم، يلتزم الحائز سيء النية، بأن يرد للمالك قيمة الشيء وقت الهلاك أو التلف، إلا إذا أثبت أن الشيء كان سيهلك أوسيتلف، ولو كان باقيا في يد مالكه، إلا إذ اكان الشيء منقولا، وكان الحائز قد سرقه. ففي هذه الحالة الأخيرة تبعة الهلاك تقع على السارق في أي حال من الأحوال، ولو أثبت أنالشيء كان يهلك لو كان باقيا في يد المالك، لأنه لا ضمان للسارق أو الغاصب.[3]

والأصل في الفقه الإسلامي إلزام الغاصب برد الشيء المغصوب، وإلزام الغاصب بتعويض المالك عنها،[4] بالحالة التي كان عليها عند الغصب وفي مكان غصبه، لأنه على اليد ما أخذت حتى تؤديه ؛ فإن استهلكه أو أتلفه فعليه مثله أو قيمته يوم الغصب وفي مكان الغصب.[5]

د- دعاوى حماية الحيازة (La protection de la possession)

نص القانون المدني الجزائري في المواد من 817 على 826 من ق.م على أحكام حماية الحيازة (protection possessoire)، حيث قام بحمايتها لذاتها في العقار والمنقول ؛ كما أن القانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد إهتم هو الآخر بحماية الحيازة القانونية من الناحية المدنية،

---

[1] - إبن نجيم، الأشباه والنظائر، ص 284 ؛ ابن عابدين، رد المحتار، ج6، ص 206 ؛ إبن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص 315.

[2] - وبمفهوم المخالفة لا يتحمل الحائز حسن النية هذه التبعة من الناحية القانونية.

[3] - راجع الهادي حسب النبي، المسؤولية الناشئة عن وضع اليد في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1985.

[4] - إن المضمونات تملك بالضمان ملكا مستندا إلى وقت سببه، بشرط أن يكون المحل قابلا لثبوت الملك فيه إبتداء. انظر المادة 279 و1085 مدني اردني ؛ تمييز مدني أردني، ملف رقم 99/1045، م.نم، 2001، ص 1495.

[5] - راجع د. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، ص 219.

باعتبارها قرينة على الملكية، وذلك عن طريق ثلاث دعاوى؛ وهي: دعوى الإسترداد، ودعوى منع التعرض، ودعوى وقف الأعمال الجديدة (م 524 إلى 530 من ق.إ.م.إ).

وهي دعاوى مشهورة لحماية الحيازة، قليلة النفقات، ويسيرة الإجراءات وسهلة الإثبات؛ وتحمل طابع الدعاوى المستعجلة، التي لا يجوز التعرض فيها للموضوع (م 526 و527 من ق.إ.م.إ)؛ فهي تدخل في اختصاص القضاء المستعجل أيا كانت قيمة العقار أو المنقول، مع استثناء دعوى منع التعرض (م 524 إلى 530 من ق.إ.م.إ و820 من ق.م). ولا يؤثر الأمر الصادر في الدعوى المستعجلة بمنع التعرض، أو باسترداد الحيازة، أو بوقف الأعمال الجديدة، على أصل الحق، ولا يكون دليلا عليه؛ ولمن ينازع في أصل الحق أن يتقدم إلى المحكمة المختصة بالموضوع وفق أحكام القانون.[1]

أولا: دعوى إسترداد الحيازة

نصت المادة 817 من ق.م على أنه: "**يجوز لحائز العقار إذا فقد حيازته، أن يطلب خلال السنة التالية لفقدها ردها إليه، فإذا كان فقد الحيازة خفية بدأ سريان السنة من وقت إنكشاف ذلك. ويجوز أيضا أن يسترد الحيازة من كان حائزا بالنيابة من غيره.**"

ومن ثم، فإن دعوى إسترداد الحيازة، وهي الدعوى التي يرفعها الحائز يطلب فيها استرداد حيازته من الغير، الذي سلبها منه بغير حق، فهي تقوم أساسا على حماية النظام العام، ومن ثم رد الاعتداء غير المشروع على الحيازة؛[2] باعتبار أنه يجب على مغتصب الحيازة أن يرد ما استولى عليه، حتى ولو كان هو المالك الحقيقي حتى صدور حكم في الموضوع بشأن المستحق لها.[3] إذ لا يجب للأفراد عرقلة إنتفاع الحائز بالعقار،

---

[1] - المواد: 522 و523 و526 من ق.إ.م.إ الجديد الصادر عام 2008.
ولا يؤثر الأمر الصادر من قاضي الإستعجال على أصل الحق، ولا يكون دليلا على المدعي، ولمن ينازع في أصل الحق أن يتقدم للمحكمة المختصة بالموضوع. أنظر سالم حمزة، الدعاوى الإستعجالية، دار هومه، الجزائر، 2013، ص 49 و328 وما بعدها.

[2] - المادة 817 و818 و819 من ق.م؛ و524 و525 من ق.إ.م.إ.

[3] - نقض مدني مصري، 1979/04/16، م.أ.ن، س30، 131، 209.

واقتضاء حقوقهم بأنفسهم، بل يجب عليهم استردادها واسترجاعها عن طريق القضاء، وفقا للإجراءات المنصوص عليها قانونا.[1]

فالمقصود بدعوى إسترداد الحيازة وفقا للمادة 817 من ق م، هي طلب من كانت العين محل الحيازة بيده، وأخذت منه بغير حق، كغصب أو حيلة أو تعدي مثلا، بإعادة حيازته إليه (Action en justice pour demander à être réintégré dans la possession)، إلى حين صدور حكم في الموضوع بشأن المستحق لها.

فلا يمكن لقضاة الموضوع قانونا، الإستجابة لدعوى استرداد الحيازة، قبل التأكد من الحيازة القانونية لرافع الدعوى، وعندئذ فقط يمكنهم الفصل بقبول طلب استرداد الحيازة أو رفضه حسب الحالة (م 525 و526 من ق.إ.م.إ) ؛[2] كما أنه **لا يجوز قانونا للمحكمة المطروحة عليها دعوى إسترداد الحيازة، مناقشة موضوع الملكية** والفصل فيها، ولو تمسك بذلك أي طرف من أطراف الخصومة،[3] لأنه يتعين الإكتفاء بالبحث عن صحة الحيازة، وعدم التطرق لأسانيد الملكية وطرق إثباتها والتعدي عليها ؛[4] **فلا يجوز قانونا الجمع بين دعوى الملكية ودعوى الحيازة.**[5]

فقد نصت المادة 527 من ق.إ.م.إ الجديد، الصادر بمقتضى بالقانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 على أنه : **لا يجوز للمحكمة المطروح عليها دعوى الحيازة أن تفصل في الملكية** ؛ كما أشارت المادة 529 من القانون نفسه على أنه : **لا تقبل دعوى الحيازة ممن سلك طريق دعوى الملكية.**[6]

---

[1]- نقض مدني مصري، 1979/04/16، المشار إليه.

[2] - Voir W.Drou, La fonction ambigue de l'action possessoire, Defrénois, 2006, Art 38313.

أنظر **المحكمة العليا**، غ.ع، 2001/01/31، ملف رقم 205945، إ.ق.غ.ع، 2004، عدد خاص، ج2، ص294.

[3]- **المحكمة العليا**، غ.ع، 2011/03/10، ملف رقم 644829، م.م.ع، 2011، عدد1، ص145.

[4]- **المحكمة العليا**، غ.ع، 2001/02/28، ملف رقم 207918، إ.ق.غ.ع، 2004، ج2، ص 299.

[5]- **المادة 527 و529 من ق.إ.م.إ.**

راجع **المحكمة العليا**، غ.ع، 2011/03/10، ملف رقم 644829، المشار إليه ؛ 2008/09/10، ملف رقم 475868، م.م.ع، 2010، عدد خاص، ج3، ص 184 ؛ 2005/10/12، ملف رقم 321463، م.م.ع، 2010، عدد خاص، ج3، ص 177 ؛ 2002/06/18، ملف رقم 233201، ن.ق، 2008، العدد62، ص 349 ؛ 2001/02/28، ملف رقم 205549، القرار المذكور ؛ 2001/01/31، ملف رقم 206296، م.م.ع، عدد خاص، 2010، ج3، ص 156.

[6]- وهو ما استقر عليه إجتهاد المحكمة العليا.

ويشترط لقبول دعوى استرداد الحيازة : أن يكون المدعي حائزا العين محل الحيازة التي سلب حيازتها ولو بغير الملك، أي ثبوت حيازة العين المدعي ولو بغير ملك، كحيازة المستأجر والمستعير والأمين ونحوهم، وأن تستمر الحيازة مدة سنة كاملة بدون انقطاع قبل سلبها، وأن يقع هناك سلب للحيازة بالقوة و الإكراه ؛ وأخيرا أن ترفع هذه الدعوى خلال سنة من تاريخ فقد الحيازة.

والحيازة باعتبارها واقعة مادية، يجوز إثبات تاريخ بدايتها بكل الطرق، بما فيها شهادة الشهود والقرائن ؛ ومن ثم لا يحول التصريح ببطلان العقد العرفي المتضمن بيع العقار دون إستئناس قضاة الموضوع به؛ وفي حالة إنكار الحيازة يتعين على قضاة الموضوع إجراء تحقيق قضائي، وفقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ولا يمكنهم الإعتماد على تحقيق الخبير إلا على سبيل الإستئناس.[3]

ونلاحظ بأن قضاة الموضوع ملزمون في دعاوى الحيازة، والتي منها دعوى استردادها، بالتحقق من توفر شرط رفعها خلال سنة من وقوع التعرض، حتى ولو لم يدفع الخصوم به.[4] فإن الأجل المحدد بسنة هو شرط

راجع قرارت المحكمة العليا، غ.ع، 2011/03/10، ملف رقم 644829، م.م.ع، 2011، عدد1، ص145 : 2008/09/10، ملف رقم 475868، م.م.ع، 2010، عدد خاص،ج3، ص184 ؛ 2005/10/12، ملف رقم 321463، م.م.ع، 2010، عدد خاص، ج3، ص 177؛ 2001/12/29، ملف رقم 215217، إق.غ.ع، 2004، عدد خاص، ج2، ص 326 ؛ 2001/02/28، 205549، القرار المذكور : 2001/01/31، ملف رقم 206296، م.م.ع، عدد خاص، 2010، ج3، ص 156: 2000/05/31، ملف رقم 192720، مذكور سابقا ؛ 1999/11/24، ملف رقم 191807، إق.غ.ع، 2004، عدد خاص، ج2، ص 316 ؛ غ.م، 1985/05/08، ملف رقم 35626، م.ق، 1992، عدد4، ص19؛ 1989/11/15، ملف رقم 56026، م.ق، 1990، عدد2، ص32 : 1985/03/06، ملف رقم 34928، م.ق، 1989، عدد4، ص39.

[1] - المادة 816 و817 و818 و819 من ق.م، و525 و526 من ق.إ.م.إ.

"من المقرر قانونا أن دعوى استرداد الحيازة **ترفع وجوبا في أجل عام من تاريخ فقدها**، أي خلال السنة التالية لفقدها، وفقا للمادة 2/818 من ق.م، ولا تشكل الظروف الأمنية مانعا من رفعها...". المحكمة العليا، غ.ع، 2008/10/15، ملف رقم 468236، م.م.ع، 2010، عدد خاص، ج3، ص 102 : 2002/07/17، ملف رقم 230443، ن.ق، 2006، العدد58، ص213 ؛ 2001/10/24، ملف رقم 218221، غير منشور.

[2] - المحكمة العليا، غ.ع، 2008/05/14، ملف رقم 448006، إق.غ.ع، عدد خاص، 2010، ج3، ص107 ؛ تعليق د. لحلو غنيمة، التقادم المكسب، المرجع نفسه، ص 112.

[3] - المحكمة العليا، غ.ع، 2007/09/12، ملف رقم 401319، إق.غ.ع، عدد خاص، 2010، ج3، ص124.

[4] - المحكمة العليا، غ.ع، 1998/06/24، ملف رقم 181645، م.ق، 1999، عدد1، ص72 ؛ غ.م، 1989/12/27، ملف رقم 57979، م.ق، 1993، عدد3، ص27 ؛ 1986/12/17، ملف رقم 37900، ن.ق، 1986، عدد44، ص 131.

لازم لاسترداد الحيازة التي تم اغتصابها بالإكراه والقوة،[1] كما أنه عند تساوي المستندات في الحيازة يفضل المستند الأسبق في التاريخ وفقا لنص المادة 818 من ق.م.[2]

ثانيا : دعوى منع التعرض

نصت المادة 820 من ق.م على أنه : "**من حاز عقارا، واستمر حائزا له مدة سنة كاملة، ثم وقع له تعرض في حيازته، جاز له أن يرفع خلال السنة دعوى بمنع التعرض**".

ومن ثم، فإن دعوى منع التعرض، **هي الدعوى التي يرفعها واضع اليد (الحائز) ضد الغير، يطلب فيها منع التعرض له في حيازته**، بأن يطلب فيها المدعي كف المدعى عليه عن مضايقته فيما تحت يده من الحيازة، وفقا للمادة 820 من ق.م و524 من ق.إ.م.إ الجديد.

إن دعاوى الحيازة ومنها دعوى منع التعرض مؤسسة على المبدأ الذي مفاده المحافظة على النظام العام[3]، فهي من قبيل طلب المدعي إزالة الضرر عند كل تعرض له أو تجدده،[4] بإزالة الأفعال المادية التي يجريها المدعى عليه المتعرض، باعتبار أن القضاء بها من قبيل **إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل حصول التعرض**؛[5] ومن ثم وجوب إقتصار القاضي في دعوى منع التعرض على وقف التعرض في حالة ثبوت الحيازة القانونية.[6] فهي تحمي

---

[1]- **المحكمة العليا**، غ.ع، 2004/04/21، ملف رقم 261176، م.م.ع، 2007، عدد1، ص395.

[2]- **المحكمة العليا**،غ.ع، 2005/12/14، ملف رقم 325521، ن.ق، 2011، العدد 66، ص 287.

[3]- ومن ثم يتعين على قضاة الموضوع التأكد عند الفصل في دعوى منع التعرض من توفر عناصر الحيازة القانونية وفقا للمادتين 808 و817 من ق.م.ج، دون مناقشة مسألة الملكية.

المحكمة العليا، غ.ع، 2001/02/28، ملف رقم 261176، إ.ق.غ.ع، 2004، ج2، ص342.

[4]- المادة 820 من ق.م و524 من ق.إ.م.إ.

[5]- المادة 821 من ق.م .

[6]-**المحكمة العليا**، غ.ع، 2001/12/29، ملف رقم 215217، إ.ق.غ.ع، 2004، عدد خاص، ج2، ص 326.

"إن ولاية قاضي الحيازة في منع التعرض، وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض، تتسع لإزالة الأفعال المادية التي يجريها المدعى عليه المتعرض، باعتبار أن القضاء بها هو من قبيل **إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل حصول التعرض**...". راجع **نقض مدني مصري**، 1967/02/07، م.أ.ن، س18، 296، 45 ؛ 1958/02/13، م.ق.ق، 3، 404، 88 ؛ 1955/01/13، م.ق.ق، 1، 646، 147 ؛ 1952/11/06، م.ق.ق، 1، 642، 120.

الحيازة لذاتها، ومن تم تحمي الحائز أصيلا (أي الذي يحوز لحساب نفسه وليس حائزا عرضيا)، من أي اعتداء يقع على حيازته القانونية.[1]

وهذا سواء **كان التعرض ماديا** (كأن يتعرض الغير للحائز في حق إرتفاق مرور مقرر له على الممر الفاصل بين منزليهما،[2] وكإقامة بناء أو تسوير الأرض، ووضع الأخشاب مما يميز وجودها في ذاته تعرضا لحيازة المدعي واضع اليد...)، **أو كان قانونيا** (كالتعرض للحائز بشكوى إدارية، أو رفع دعوى ضده، أو التدخل في دعوى مرفوعة بادعاء حق على العقار محل النزاع، أو صدور حكم مرسي مزاد لم يكن الحائز خصما فيه، وكالتأشير على هامش عقد في الشهر العقاري...).

وما دام الأمر يتعلق بدعوى منع التعرض، **فإن مهمة القاضي تتمثل في فرض وقف التعرض في حالة ثبوت الحيازة القانونية**، أيا كان صاحبه حتى لو كان المالك؛[3] فهو ملزم قانونا بالاقتصار على البحث في الحيازة، وكذا الأطراف الذين لا يمكنهم تغيير دعوى الحيازة إلى دعوى الملكية.[4] فإذا أنكرت الحيازة أو أنكر التعرض لها، فإن التحقيق الذي يؤمر به في هذا الخصوص، لا يجوز أن يمس بأصل الحق.

فإن قضاة الموضوع في قضايا التعرض للحيازة أو فقدها، يمارسون سلطتهم التقديرية، وفقا لوسائل التحقيق المقررة قانونا؛ وهم غير ملزمين قانونا في دعوى الحيازة بفحص سندات الملكية.[5]

ويشترط لقبول دعوى منع التعرض : توافر نفس شروط دعوى إسترداد الحيازة السابقة الذكر وهي : أن يكون المدعي حائزا لعقار أو

1- نقض مدني مصري، 1967/02/07، المشار إليه.

2- نقض مدني فرنسي، 1874/08/26، دالوز، 1875، 1، 124.

3- المحكمة العليا، غ.م، 1983/10/26، ملف رقم 28369، م.ق، 1989، عدد3، ص16.

4- المحكمة العليا، غ.ع، 2001/12/29، ملف رقم 215217، المشار إليه ؛ 1994/06/09، ملف رقم 112550، م.ق، 1997، عدد50، ص 65.

5- المادة 526 و527 و528 و529 و530 من ق.إ.م.إ.
انظر المحكمة العليا، غ.ع، 2000/07/26، ملف رقم 200162، إق.غ.ع، عدد خاص، 2004، ج2، ص 336 ؛ تعليق أ. بوتارن فايزة، المرجع نفسه، ص 341 ؛ 1999/05/05، ملف رقم 170136، م.ق، 1999، عدد 1، ص 94 ؛ غ.م، 1989/11/15، ملف رقم 56026، م.ق، 1990، عدد2، ص32.

منقول حقيقة، أي واضعا يده على الشيء محل الحيازة، ولو لم يكن مالكا، وأن تستمر الحيازة مدة سنة كاملة، وأن يقع تعرض في الحيازة، وأن ترفع دعوى منع التعرض خلال السنة التالية من تاريخ التعرض.[1]

فإنه ينبغي على قضاة الموضوع التأكد عن الفصل في دعوى منع التعرض من توافر عناصر الحيازة وإثبات التعرض، طبقا للمادتين 808 و817 من ق.م، دون التطرق لمناقشة مسألة الملكية ؛[2] وأن ترفع وجوبا دعوى منع التعرض خلال أجل سنة من تاريخ التعرض، ومن ثم يستوجب على الحائز المدعي تحديد تاريخ وقوع الإعتداء لحساب أجل سنة (م 820 من ق.م و2/524 من ق.إ.م.إ).[3]

وتتوفر الصفة والمصلحة في دعوى منع التعرض للحيازة بين مالكين على الشيوع، بمجرد ثبوت العلاقة المباشرة الواقعية بين العقار موضوع النزاع وكل واحد من الشركاء على الشيوع ؛ بغض النظر عن التأسيس القانوني للطلب القضائي.[4] كما أنه يتمتع المستأجر بصفة التقاضي في دعوى عدم التعرض للمرور، وهي إحدى دعاوى الحيازة، للمطالبة بالتعويض ممن تعرض له وله أن يمارس جميع دعاوى الحيازة.[5]

وجدير بالتنويه، أن النظر في دعوى منع التعرض للحيازة، وكذا دعوى إستردادها، ودعوى وقف الأعمال الجديدة له صفة الإستعجال.[6]

---

[1]- المادة 820 من ق.م ؛ و2/524 من ق.إ.م.إ.

[2]- **المحكمة العليا**، غ.ع، 2001/02/28، ملف رقم 204772، إ.ق.غ.ع، 2004، ج2، ص 342 ؛ تعليق أ. **بوتارن فايزة**، المرجع نفسه، ص 346 ؛ 2001/10/24، ملف رقم 218221.

[3]- **المحكمة العليا**، غ.ع، 2013/06/13، ملف رقم 0765605، م.م.ع، 2013، العدد1، ص 294 ؛ 2000/10/27، ملف رقم 198951، غير منشور.

[4]- **المحكمة العليا**، غ.ع، 2008/09/10، ملف رقم 403305، م.م.ع، 2010، عدد خاص، ج3، ص 120.

[5]- المادة 487 من ق.م ؛ **المحكمة العليا**، غ.ع، 2005/01/18، ملف رقم 290975، م.م.ع، 2005، عدد 2، ص 337.

[6]- المادة 522 و523 و526 من ق.إ.م.إ.

"غير أن القضاء بالتعويض عن الأضرار، على أساس المادة 124 من ق.م، في دعوى إنكار الحيازة، لا يعد مساسا بأصل الحق، ولا يشكل خرقا للمادة 415 من ق.إ.م". **المحكمة العليا**، غ.ع، 2001/07/25، ملف رقم 215749.

ولا يؤثر الأمر الصادر من قاضي الإستعجال على أصل الحق، ولا يكون دليلا على المدعي، ولمن ينازع فيه، أن يتقدم للمحكمة المختصة بالموضوع. أنظر **سالم حمزة**، الدعاوى الإستعجالية، دار هومه، الجزائر، 2013، ص 49 و328.

غير أنه تنفرد دعوى منع التعرض (Action en justice pour faire cesser le trouble)، باعتبارها دعوى موضوعية بحكم طبيعتها (م 186 من القانون رقم 09/08 المتضمن ق.إ.م.إ)،[1] فهي تخضع لاختصاص وتقدير قاضي الموضوع، وليس لاختصاص قاضي الإستعجال ؛ لأنها تتطلب البحث عن صفة واضع اليد، والتحقيق في عناصر الحيازة وتوافر شروطها، وتحقق مدة الحيازة المتنازع عليها، وتحديد الحائز الحقيقي ؛ وهي مسائل تحقيق موضوعية، لا يتسع لها نطاق الإستعجال.[2]

وعلى ذلك، إذا تعلق الأمر بدعوى منع التعرض في الحيازة، فإن إعمال قاعدة حجية الشيء المقضي فيه غير مبرر قانونا، ما دام أن القانون خول للمتقاضي حق حماية حيازته، عند كل تعرض تجدد بعد إنتهاء التعرض السابق.[3]

في حين تعتبر دعوى استرداد الحيازة دعوى مستعجلة في الأصل.[4] غير أنه لا يجوز قانونا الجمع بين دعوى منع التعرض ودعوى استرداد الحيازة، لأنه وإن كان كلاهما من دعاوى الحيازة، إلا أن لكل منها شروط ممارستها وأحكام قانونية تخصها.[5]

وعلى ذلك، فإن حجية الحكم الصادر بمنع التعرض، هي ذات حجية الأحكام الموضوعية، بمعنى أنه : يكون حجة فيما فصل فيه من

---

[1] - Voir Djoudi J, Action Possessoire, in Rép.Civ, N° 76 et s.

[2] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2002/09/25، ملف رقم 236757، إق.غ.ع، 2004، عدد خاص، ج2، ص 278

" من المستقر عليه قضاء، أن دعوى عدم التعرض تتطلب البحث في الحيازة، وهي دعوى موضوعية تخضع لإختصاص قاضي الموضوع، ولا تدخل بحكم طبيعتها في اختصاص قاضي الإستعجال، لأن الفصل فيها يستوجب البحث في صفة واضع اليد وعناصر الحيازة وشروطها ومدتها، وهذه جميعا مسائل موضوعية لا يتسع لها نطاق القضاء الإستعجالي ؛ لأن القول من له الحيازة القانونية فيه حتما مساس بأصل الحق، وهذا ما استقر عليه إجتهاد المحكمة العليا. وبالتالي وبقضائهم كما فعلوا، فإن قضاة الإستئناف قد خرقوا المادة 186 من ق.إ.م.إ، ومن تم عرضوا قرارهم للنقض."

المحكمة العليا، غ.ع، 2005/10/12، ملف رقم 376205، ن.ق، 2011، عدد 66، ص 299 ؛ 2000/01/26، ملف رقم 226217 ، إق.غ.ع، 2004، عدد خاص، ج2، ص 304 ؛ تعليق أ. بوتارن فايزة، المجلة نفسها، ص 309 ؛ 2002/09/25، ملف رقم 236757، المشار إليه ؛ 2000/01/06، ملف رقم 226217، غير منشور.

[3] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2000/11/22، ملف رقم 203573، غير منشور.

[4] - **د. محمد المنجي**، الحيازة، المرجع المذكور، ص 228 وما بعدها.

[5] - **يستوجب قانونا على قضاة الموضوع أن يحددوا نوع دعوى الحيازة المطروحة عليهم، وان يطبقوا عليها القواعد الخاصة بها.**

المحكمة العليا، غ.ع، 2000/10/25، ملف رقم 201442، إق.غ.ع، 2004، عدد خاص، ج2، ص 321 ؛ 2000/04/28، ملف رقم 196049 ، إق.غ.ع، 2004، عدد خاص، ج2، ص 289.

الحقوق، متى اتحد الخصوم والسبب والموضوع؛[1] **ويكفي للمحكمة وصف نوع التعرض الحاصل للحائز واضع اليد عند عرض حيثيات الحكم**، ولا حاجة بعد ذلك إلى وصفه مرة أخرى في منطوق الحكم.[2] **فهو يلزم طرفي الخصومة، ولا يجوز لهما رفع دعوى ثانية بذات الطلبات**؛ كما أنه يقيد القاضي الموضوعي الذي يعرض عليه النزاع ثانية، إذ يتعين عليه الحكم برفض الدعوى لسبق الفصل فيها.[3]

وعلى كل، **إن دعوى عدم التعرض من دعاوى حماية الحيازة، يلجأ إليها المتقاضي عند كل تعرض له** في استغلال محل الحيازة مع التعويضات المستحقة، وفي هذه الحالة لا يمكن تطبيق قاعدة سبق الفصل في الدعوى بأحكام نهائية اكتسبت قوة الشيء المقضي فيه، ما دام أن التعرض تجدد بعد إنتهاء السابق.[4]

وجدير بالتنويه أن دعوى منع التعرض ودعوى إستردادها المتعلقة بالمنقول، إذا رفعت مستقلة قبل رفع الدعوى الأصلية في الموضوع، تختص بنظرها القسم العقاري لدى المحكمة؛[5] وأما إذا رفعت هذه الدعوى مع الدعوى الأصلية، أو بعد رفعها كطلب عارض، فتفصل فيها المحكمة المختصة بنظر الدعوى الأصلية في الموضوع.[6]

ولا تقبل دعوى منع التعرض للحيازة، ودعوى إستردادها في المنقولات بعد مضي المدة المحددة قانونا، من تاريخ علم المدعي بالإعتداء، فإن مضت هذه المدة كان له أن يتقدم بدعوى غير مستعجلة في الموضوع.

ولا يحول إدراج أرض " العرش" ضمن ممتلكات الدولة الخاصة، دون إقامة حائزها دعوى حيازة ترمي إلى حماية حيازته الواقعة في أراضي العرش،

---

[1]- **المحكمة العليا**، غ.ع، 2000/01/26، ملف رقم 226217، ، إ.ق.غ.ع، 2004، عدد خاص، ج2، ص 304 ؛ تعليق **أ. بوتارن فايزة**، المجلة نفسها، ص 309.

[2]- **نقض مدني مصري**، 1952/11/06، م.ق.ق، س1، 642، 120.

[3]- **د. محمد المنجي**، الحيازة، المرجع المذكور، ص 234 و235.

[4]- **المحكمة العليا**، غ.ع، 2000/11/22، ملف رقم 203573، م.ق، 2002، عدد 2، ص 392.

[5]- المادة 521 من ق.إ.م.إ.

[6]- المادة 820 و821 من ق.م، و526 من ق.إ.م.إ.

وبالتالي منع التعرض، بحسب مقتضيات المادة 13 من الأمر رقم 26/95، المعدل والمتمم للقانون رقم 25/90 المتضمن قانون التوجيه العقاري، وأحكام القانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.[1]

ثالثا : دعوى وقف الأعمال الجديدة

نصت المادة 1/821 من ق.م على أنه : "**يجوز لمن حاز عقارا، واستمر حائزا له مدة سنة كاملة، وخشي لأسباب معقولة التعرض له من جراء أعمال جديدة تهدد حيازته، أن يرفع الأمر إلى القاضي طالبا وقف هذه الأعمال بشرط أن لا تكون قد تمت ولم ينقض عام واحد على البدء في العمل الذي من شأنه أن يحدث الضرر.**"

ومقتضى هذه المادة أن دعوى وقف الأعمال الجديدة هي : **الدعوى التي يرفعها المدعي ضد الغير الذي شرع في عمل، لو تم لأصبح تعرضا للحيازة، من شانه الإضرار بالحائز** (Action en justice pour demander la suspension des travaux)، فترفع بقصد منعه من إتمام هذه الأشغال الجديدة لتفادي التعرض والضرر الذي قد ينتج من إنهائها ؛ كإنشاء بناء، أو فتح طريق، أو وضع سياج وغيرها. وهي من تم تتميز عن دعوى منع التعرض، لأن الأعمال الجديدة التي تصدر من المدعى عليه، لا تعد تعرضا إلا إذا تمت بالفعل ؛[2] ويؤول الاختصاص بنظر دعوى وقف الأعمال الجديدة للمحكمة الكائن بدائرة اختصاصها العقار محل الأشغال المطلوب وقفها.

فالتعرض بصدد هذه الدعوى احتمالي لم يقع بعد، أو مستقبل على وشك الوقوع، غير أن مصلحة الحائز قائمة في درء التعرض قبل حصوله ؛[3] لأنه ليس من المتصور حرمان الحيازة من الحماية القانونية إلى أن يقع عليها الاعتداء بتمام التعرض.[4]

---

[1] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2005/04/12، ملف رقم 339058، غير منشور ؛ 2003/02/19، ملف رقم 239797، إ.ق.غ.ع، م.م.ع، عدد خاص، 2010، ج3، ص 97.

[2] - **مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري**، ج6، ص 479.

[3] - **نقض مدني مصري**، 1976/02/11، م.أ.ن، س27، 428، 1966/01/18.88، م.أ.ن، س17، 147، 20.

[4] - **د. عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط، ج9، ص 945، فقرة 341 ؛ **د. محمد المنجي**، الحيازة، المرجع المذكور، ص 237.

ومثال ذلك : أن يشرع المالك في بناء سور في أرضه لو تم لمنع المرور على جاره الحائز لحق الارتفاق ؛ وكأن يبدأ شخص في بناء حائط في حدود أرضه، لو أنه استمر فيه إلى نهايته لسد النور والهواء على جاره الحائز، أو لسد مطلا له، مما يعد تعرضا لحيازة الجار للعقار المتجاور.

ونلاحظ أن دعوى وقف الأعمال الجديدة لا تختلف في شروطها عن شروط دعوى منع التعرض، إلا من حيث طبيعة التعرض ذاته، بألا يكون العمل قد تم وقت رفع الدعوى (لأنه عندئذ نكون بصدد دعوى منع التعرض)، **وأن ترفع الدعوى خلال سنة تحسب من تاريخ البدء في العمل** (وليس من تاريخ تمامه، لأنه لو تم لأصبح تعرضا فعليا) ؛ وفقا للمواد 820 و821 من ق.م و2/524 من ق.إ.م.إ الجديد.[1]

وعلى هذا، **يشترط لطلب وقف الأعمال الجديدة أمران** : أن تكون هذه الأعمال الجديدة المستحدثة قد بدأت ولكنها لم تتم ولم ينقض عام واحد على البدء في هذه الأعمال، وأن تكون هذه الأعمال التي بدأها المدعى عليه مضرة بالمدعي.[2]

فإذا تمت الأعمال الجديدة قبل وقفها، وفيها ضرر على المدعي فلا تكون من القضاء المستعجل، بل تكون من باب دعاوى إزالة الضرر وهي غير مستعجلة أصلا. وتوقف الأعمال الجديدة في المتنازع فيه من قبل القاضي، عند الاقتضاء بدعوى مستعجلة لوقف الأعمال الجديدة إلى حين الفصل بأصل الحق، بناء على طلب الخصم، تنظر فيها المحكمة المختصة بالموضوع.[3]

ولا يعتبر قرار المحكمة بوقف الأعمال الجديدة، دليلا يستطيع الحائز أن يستند إليه لإثبات أنه صاحب حق ؛ لأن دعوى وقف الأعمال الجديدة تحمي الحيازة لذاتها دون سندها.[4]

---

[1] - المحكمة العليا، غ.ع، 2000/10/25، ملف رقم 201442، إ.ق.غ.ع، 2004، عدد خاص، ج2، ص 321 ؛ 2000/04/28، ملف رقم 196049، إ.ق.غ.ع، 2004، عدد خاص، ج2، ص 289.

[2] - سالم حمزة، الدعاوى الإستعجالية، المرجع المذكور، ص 54 و55.

[3] - سالم حمزة، المرجع نفسه، ص 54 و55.
Voir Djoudi J, Les Actions Possessoires, Rép.Civ, N° 76 et s.

[4] - وفقا لمقتضيات المواد : 820 و821 من ق.م و2/524 من ق.إ.م.إ الجديد.

فالقاضي وفقا للمادة 2/821 من ق.م، أن يمنع إستمرار الأعمال الجديد أو يأذن في إستمرارها ؛ وفي كلتا الحالتين يجوز له أن يأمر بتقديم كفالة مناسبة، تكون في حالة صدور الحكم بالوقف ضمانا لإصلاح الضرر الناشئ من هذا الوقت، إذا تبين بحكم نهائي أن الإعتراض على إستمرار الأعمال كان على غير أساس، وتكون في حالة الحكم باستمرار الأعمال ضمانا لإزالة هذه الأعمال كلها أو بعضها، للتعويض عن الضرر الذي يصيب الحائز إذا حصل على حكم نهائي في مصلحته.

وعلى ذلك، تصدر المحكمة المختصة أمرا، بوقف التعدي على الحيازة من قبل الغير ؛ إذا اقتنعت بالمبررات القانونية التي تقدم بها الحائز في دعوى وقف الأعمال الجديدة.[1] فإذا كان لدى المدعى عليه الذي باشر هذه الأعمال الجديدة سندا يعطيه الحق بإنشاء هذه الأعمال، فله الحق أن يرفع دعوى أمام المحكمة المختصة يثبت فيها أصل الحق الذي يخوله إحداث ما باشر إحداثه.[2]

10- تملك المنقول بالحيازة

نصت المادة 835 في فقرتها الأولى من ق.م، على أنه : "**من حاز بسند صحيح منقولا أو حقا عينيا على منقول، أو سند لحامله، فإنه صبح مالكا له، إذا كان حسن النية وقت حيازته.**"

وأشارت في فقرتها الثانية إلى أنه : "**إذا كان حسن النية والسند صحيح قد توافر لدى الحائز، في اعتباره الشيء خاليا من التكاليف والقيود العينية، فإنه يكسب ملكية الشيء خالية من هذه التكاليف والقيود العينية.**"

ومقتضى هذه المادة : أنه لا تسمع دعوى الملك على من حاز منقولا، أو حقا عينيا على منقول ؛ وكانت حيازته تستند إلى سبب صحيح، وكان

---

[1] - المحكمة العليا، غ.ع، 2000/10/25، ملف رقم 201442، إق.غ.ع، 2004، عدد خاص، ج2، ص 321 ؛ 2000/04/28، ملف رقم 196049، إق.غ.ع، 2004، عدد خاص، ج2، ص 289.

[2] - المحكمة العليا، غ.م، 1990/02/21، ملف رقم 58011، م.ق، 1993، عدد 2.

حسن نية وقت حيازته، فإنه تقوم الحيازة في المنقول بذاتها قرينة على الملكية (L'acquisition des meubles par la possession)، ويصبح مالكا له ما لم يثبت غير ذلك ؛ فهي طريق لإثبات ملكية المنقول، وهي سبب لكسب الملكية في القانون المدني الجزائري.[1]

فإن قاعدة **"الحيازة في المنقول سند الحائز"**،[2] تمنع من سماع دعوى الإستحقاق في مواجهة الحائز، إذا كانت الحيازة مستوفية لشروطها، ترد على منقول مادي أو سند لحامله غير مسروق أو مغصوب أو مفقود، وكانت الحيازة تتوافر على عنصريها وشروط صحتها القانونية، وترتكز على حسن النية، وسبب صحيح لدى الحائز.[3] **ونعالج أحكام تملك المنقول بالحيازة في ما يلي :**

أ- تاريخ قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز

يرجع تاريخ هذه القاعدة المشهورة إلى القرن الثامن عشر عندما نص عليها القانون الفرنسي الحالي،[4] فهي قاعدة حديثة، غير أن جذورها تمتد في الحقيقة إلى التقاليد الجرمانية القديمة، التي كانت لا تعطي لمالك المنقول حق تتبعه واسترداده إذا خرج المنقول من حيازته إلى حيازة شخص آخر، وكذا إلى القواعد القانونية التي استقرت في القانون الفرنسي القديم المتعلقة بدور الحيازة في كسب ملكية المنقول (la possession vaut titre)، في مدة أقصر من المدة المطلوبة لتملك العقار (وهو التقادم المكسب القصير).

---

[1]-Cf. Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil, T.3, 2e éd, par Picard, 1953, N° 369.

[2]- وهو الإصطلاح الأدق قانونا من إصطلاح الحيازة في المنقول سند الملكية، لأن الحيازة سند الحائز فيما يدعيه من حق عيني على المنقول ؛ كما أن دور الحيازة لا يقتصر على كسب حق الملكية لوحده، بل يمتد كذلك لكسب الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن حق الملكية (كحق الإنتفاع وحق الإستعمال...)، أو التبعية (كحق رهن مقرر من غير مالك).

[3]-: "الأصل أن المشرع جعل من الحيازة في ذاتها سندا لملكية المنقولات، وقرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك...".
انظر نقض مدني مصري، 2009/01/25، طعن رقم 10162، لسنة 73 ق ؛ 1990/05/21، رقم 1834، م.أ.ن، س41، ص 164 ؛ 1961/04/18، طعن رقم 1359، لسنة 30ق.

[4]- أنظر د. محمد المنجي، الحيازة، المرجع المذكور، ص 11 و120 وما بعدها ؛ د. عبد المنعم بدر ود. عبد المنعم البدراوي، القانون الروماني، ص 168 وما بعدها. د. أحمد حسن ود. عبد المجيد الحفناوي، تاريخ النظم القانونية والإجتماعية، ص 532 وما يليها.

وهي الأفكار التي مفادها أن :"**الحيازة في المنقول سند الملكية**"[1]، أي أن الحيازة بذاتها في المنقول إذا تحققت شروطها، هي طريق لإثبات ملكيته، إذا كانت تستند إلى سبب صحيح وكان الحائز حسن نية؛ ما لم يقم الدليل على عكس ذلك.[2] فإن حيازة المنقول هي سبب لكسب ملكيته، إذا لم يكن له مالك قبل الحيازة؛ **فيصبح حائز المنقول مالكا له بمجرد ثبوت الحيازة**.[3]

إن قاعدة حيازة المنقول سند الحائز، لم تكن معروفة عند نشأة التقسيم التقليدي بين العقار والمنقول في القانون الروماني، فلم يرى أغلب الفقهاء الرومان وجوب التفريق بين المنقولات والعقارات من حيث انتقال الملكية. فقد كان القانون الروماني يسوي بين المنقولات والعقارات من حيث مبدأ إكتسابها بالتقادم، ولكن مع تخفيض مدة التقادم في المنقولات. فكان حائز المنقول حسن النية لا يتملكه فورا بمجرد الحيازة، وإنما كان يتملكه بالتقادم كالعقار، ولكن في مدة أقصر من المدة المطلوبة لتملك العقار.[4]

وقد تأثر به القانون المدني الفرنسي الحالي، بالتقاليد الجرمانية وأفكار فقهاء القانون الفرنسي القديم؛ فنص في المادة 2279 على هذه القاعدة بقوله بأن : "**الحيازة في المنقول سند الحائز**" (En fait de meubles la possession vaut titre). ومقتضى هذا أن **الحيازة في المنقول طريق لإثبات ملكيته**، حيث يفترض أن الحائز هو المالك له، وتكفيه الحيازة سندا لإثبات ذلك، وعلى من يدعي غير ذلك أن يقيم الدليل على العكس.[5]

1- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج9، ص 1118 وما يليها؛ د. محمد المنجي، الحيازة، المرجع المذكور، ص 119 وما بعدها؛ د. محمد عمر، التطور التاريخي لحماية مكتسب المنقول حسن النية، مجلة القانون والإقتصاد، جامعة القاهرة، السنة 38.

2- راجع د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج9، ص 1120 وما يليها؛ د. عبد الفتاح عبد الباقي، دور الحيازة في المنقول، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ص 19 وما بعدها.

Picard, 1953, N° 366 ;

3-Cf. Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil, T.3, 2e éd, par Picard, 1953, N° 366 ; Trigeaud J- M, la possession des biens immobilers, Thèse, Paris, Economica, 1981, p 15 et s.

4- انظر د. عبد المنعم بدر ود. عبد المنعم البدراوي، القانون الروماني، ص 168 وما بعدها. د. أحمد حسن ود. عبد المجيد الحفناوي، تاريخ النظم القانونية والإجتماعية، ص 532 وما يليها.

5-Cf.Weill (A), Terré (F), Simler (Ph), Droit civil, Les Biens, N° 172 et 442 et s ; Malaurie (Ph) et Aynès (L), Les Biens. 3° éd, Defrénois, Paris, 2007, N° 574.

وهو ما أشارت إليه أغلب التشريعات المدنية العربية، وقد اعتبر بعضها الحيازة في المنقول قرينة على الملكية، ما لم يثبت غير ذلك ؛ في حين اكتفى البعض الآخر بأنها مجرد قرينة بسيطة على وجود السبب الصحيح وحسن النية.[1]

وعلى الإتجاه الثاني سار أغلب علماء الفقه الإسلامي، على أن : **حيازة المنقول هي قرينة بسيطة على ملكية الحائز له، عند المنازعة في الملكية، إذ يجوز للخصم إثبات العكس.** أي بمعنى أن حيازة المنقول هي مجرد قرينة بسيطة على ملكية الحائز تقبل إثبات العكس، يستند عليها في الحكم مع يمين الحائز عند عدم البينة ؛ ومن ثم، فإن حيازة المنقول هي دليل على الملك، ما لم يعارضها ما هو أقوى منها، **لأن الأصل أن ما تحت يد الإنسان ملك له، ما لم يثبت خلاف ذلك.**[2]

ب- تملك المنقول بالحيازة في الفقه الإسلامي

ونلاحظ بأن هذه القاعدة المشهورة التي مفادها أن **الحيازة في المنقول سند الملكية**، لها نظير في قواعد الفقه الإسلامي، وبدون منازع، وعلى الخصوص في مسألة حكم **"القبض في العقد الفاسد"**، وهو ما ذهب إليه فريق من فقهاء الحنفية، وبعض المالكية والحنابلة والشافعية في رواية، من أن فساد السبب لا يمنع من وقوع الملك ؛ **لأن القبض في العقد الفاسد يفيد شبهة الملك فيما يقبل الملك.**[3]

فإذا لم تكن حيازة الشيء (أي وضع اليد على الشيء المحوز) سببا من أسباب الملكية، فإنها تعد قرينة عليها، فهي ظاهرة تدل على وجود

---

[1]- المادة 835 مدني جزائري، وتقابلها المادة 1189 مدني أردني، و976 مدني مصري، و927 مدني سوري، و1163 مدني عراقي، و1325 مدني إماراتي، و970 مدني قطري، و980 مدني ليبي، و53 من مجلة الحقوق العينية التونسية، و157 من نظام المرافعات الشرعية السعودي.

[2]- تركي النفيعي، قاعدة حيازة المنقول سند الحائز، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الملك عبد العزيز، جدة، 2014، ص 28 وما يليها.

[3]- راجع إبن قدامه، المغني، ج10، ص 247 ؛ البهوتي، كشاف القناع، ج6، ص 310 ؛ الرملي، نهاية المحتاج، ج6، ص735 ؛ السرخسي، المبسوط، ج30، ص 131 ؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، ص 77 ؛ الحطاب، مواهب الجليل، ج4، ص 380 و381 ؛ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص 121 ؛ إبن جزي، القوانين الفقهية، ص 464.

الحق لصاحبها، فلا يكلف بإثبات وجوده ؛ ولا تنزع العين منه إلا ببينة شرعية، لأن الظاهر ملكه لما بيده. ويكون على من يدعي العكس، أن يقيم البينة على أن الحائز ليس هو صاحب الحق على العين الذي بيده[1]

فالحيازة أو "الحوز" لدى أغلب الفقهاء في الفقه الإسلامي ليست سببا للملك الفوري، بل هي دليل أولي، مرجح لزعم الحائز ملكية المنقول الموجود في حيازته ؛ فمن ادعى عينا في يده ولا بينة، فالقول قوله مع يمينه، لأن الظاهر من اليد الملك، أي ما تحت الشخص ملك له.[2] فإن وضع اليد مدة طويلة من الزمان، على الشيء يعتبر سببا في منع سماع الدعوى عند الإنكار، أما مع الإقرار فالحق ثابت به والدعوى تكون به مسموعة.[3]

وفي هذا نصت المادة 371 من مجلة الأحكام العدلية على أن : "البيع الفاسد يفيد الحكم عند القبض"، بمعنى أن المشتري إذا قبض المبيع، ولو كان العقد فاسدا صار مالكا له، لأنه يملكه بالقبض. كما أشارت المادة 157 من نظام المرافعات الشرعية السعودي على أن : "حيازة المنقول قرينة على ملكية الحائز له، عند المنازعة في الملكية، يجوز للخصم إثبات عكس ذلك".

والمهم في الحيازة أن يتحقق فيها وضع اليد على الشيء باستغلاله والانتفاع به والتصرف فيه تصرف الملاك في أملاكهم، مما يجعل الحائز يظهر بمظهر صاحب الملك، واليد دالة على الملك ظاهرا ومستصحبة له، وهي سند للملكية لمن يدعيها ؛ ومما يقوي وضع اليد هو ادعاء الملكية بنية التملك بحسن نية وبسبب شرعي صحيح.[4]

---

[1]- خاصة في المنقولات المباحة التي لا تدخل في ملكية أو حيازة أحد.

[2]- تمييز مدني أردني، 1990/01/30، ملف رقم 89/416، م.ن.م، 1990، ص2271 ؛ هيئة كبار العلماء في السعودية، القبض وأثره في العقد الفاسد، مجلة البحوث الإسلامية، الرياض، العدد95، ص 355 وما بعدها ؛ د. مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج2، ص 699 ؛ تركي النفيعي، قاعدة حيازة المنقول سند الحائز، رسالة الماجستير المشار إليها، ص 39 وما بعدها.

[3]-إن الحيازة في المنقول تمنع من سماع الدعوى. تمييز مدني أردني، 1990/01/30، ملف رقم 89/416، المشار إليه

[4]- هيئة كبار العلماء في السعودية، القبض وأثره في العقد الفاسد، البحث المذكور، ص 357 ؛ اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء السعودية، التقادم في مسألة وضع اليد، مجلة البحوث الإسلامية، الرياض، السعودية، العدد39، ص 147.

ت- شروط تملك المنقول بالحيازة

يشترط لتطبيق قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز، أي لتملك المنقول بالحيازة، وفقا لأحكام المادة 835 و836 من ق.م، توافر أربعة شروط قانونية مهمة هي كالآتي :

1- أن يكون هناك منقولا :

بأن يكون الشيء منقولا ماديا، بحسب مفهوم المادة 835 من ق.م، يمكن أن ينتقل من مكان إلى آخر دون تلف، **أو حقا عينيا على منقول قابل للحيازة** (Détention)، كرهن حيازة أو سند لحامله ؛[1] فهذه القاعدة لا ترد قانونا على المنقولات المعنوية : كالملكية الأدبية والفنية والتجارية والصناعية، وكحق المؤلف، والمحل التجاري، وكسندات الدين، والأوراق التجارية... ؛ فلا يحتج بحق الإمتياز على من حاز منقولا بحسن نية.[2]

وهي لا ترد أيضا على المنقولات المادية التي يشترط النظام لنقل ملكيتها إجراءات نظامية خاصة، كإجراءات التسجيل لدى المصالح المختصة : كالسيارات، والطائرات، والسفن، والبندقية، والعقارات بالتخصيص، وغيرها.

كما أن المنقولات المادية الموقوفة على سبيل الوقف، وكذا المنقولات المادية المعتبرة من الأموال العامة، والمنقولات المسروقة أو الضائعة، لا تخضع لقاعدة حيازة المنقول سند الحائز، وفقا لأحكام المادة 836 من ق.م.[3]

2- أن تكون هناك حيازة قانونية :

بأن تتوافر لدى الحائز وفقا للمادة 835 من ق.م، حيازة للمنقول مادي حيازة قانونية، فعلية أصيلة وصحيحة، متوافرة الشروط المطلوبة (Possession réelle)،

---

[1]- وهو منقول معنوي تجسد فأخذ حكم المنقول المادي.
Voir Goubeaux G, L'extention de la protection possessoire au bénéfice des détenteurs, Defrénois, Paris, 1976, p 324 et s.

[2]- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج6، ص514 ؛ نقض مدني مصري، 1990/05/21، طعن رقم 1834، م.ا.ن، س41، ص 164.

[3]- نقض مدني مصري، 2009/01/25، طعن رقم 10162، لسنة 73 ق ؛ 1986/12/09، رقم 561، لسنة 53 ق ؛ 1961/04/18، رقم 1359، لسنة 30 ق ؛ 1955/01/11، رقم 1030، لسنة 24 ق.

بعنصريها المادي والمعنوي ؛ بأن تكون مادية فعلية ومستمرة وهادئة، وخالية من العيوب (Possession non vicieuse)، على الأقل في مواجهة من يراد الإحتجاج عليه بهذه القاعدة ؛[1] وبأن ترد على المنقولات بطبيعتها، والحقوق العينية المنقولة التي تدخل في حكم المنقول المادي، والسند لحامله.

فإنه وفقا لقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز، يكسب الحائز الملكية فورا، بمجرد تحقق العمل المادي، وتوافر حسن النية الذي يستبعد الحيازة الخفية غير الظاهرة، وتوافر السبب الصحيح الذي يستبعد الحيازة بالإكراه غير الهادئة.[2]

3- أن تقترن الحيازة بحسن النية :

بأن لا يكون الحائز قد سرق أو اغتصب بالإكراه أو التعدي حيازة المنقول من غيره، طبقا لمقتضيات المادتين 835 و836 من ق.م ؛ وحسن النية **مفترض لدى الحائز، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك** ؛ فانه تبقى الحيازة محتفظة بالصفة التي بدأت بها وقت كسبها، وهو الأثر المكسب، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك.

ويكفي لحائز المنقول هنا، أن يثبت سيطرته المادية الفعلية على المنقول، حتى يفترض أنه يحوز ظاهريا هذا المنقول حيازة قانونية مستوفية لشروطها، وبسند أو بسبب صحيح مع حسن النية.[3]

ففي التقادم القصير، وهو المطبق في مجال إكتساب المنقولات، يشترط قانونا السند الصحيح وحسن النية لدى الحائز، فهما ضروريان للإدعاء بالحيازة والتقادم المكسب ؛ مع العلم أن حسن النية مفترض كما

1- نقض مدني مصري، 1947/01/30، م.ق.ق، ج1، رقم 586، ص 14.
Cf.Weill (A), Terré (F), Simler (Ph), Les Biens, op.cit, N° 172 et 442 et s ; Jestaz Ph, Prescription et possession en droit francais des biens, D. 1984, Chron, 27.

2- نقض مدني مصري، 1954/02/04، م.ق.ق، ج1، رقم 586، ص3 ؛ د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج9، ص 1137، فقرة 444 ؛ د. محمد المنجي، الحيازة، ص 126 وما بعدها.

3- " إن الحيازة في المنقول تقوم بذاتها كقرينة على الملكية، ما لم يثبت العكس، ومقتضى ذلك: أن حائز المال المنقول لا يكلف بإثبات ملكيته له، وإنما يكفي أن يكون الحائز الظاهري له...". تمييز مدني أردني، 1990/01/30، ملف رقم 89/416، م.ن.م، 1990، ص2271.

هي القاعدة، وأن من يدعي عدم توافر حسن النية أن يثبت ذلك، ولا يقع على من يدفع بالتقادم المكسب أن يثبت حسن النية.[1]

4-أن تستند الحيازة إلى سبب صحيح :

وهو أن تتوافر في الحيازة شروط صحتها، بأن تستند حيازة المنقول إلى السبب الصحيح، **وفقا للمادة 835 من ق.م** ؛ وهو المعنى الموجود في التقادم القصير المكسب، لمدة خمس سنوات فما فوق.

والسبب الصحيح قانونا هو الذي يقوم على سند أو حادث (م 2/828 من ق.م) ؛ أي تصرفا قانونيا ناقلا للملكية (كالبيع أو الهبة أو المقايضة أو الوفاء بمقابل أو رسو مزاد المنقول المحجوز عليه أو التصرف المعلق على شرط واقف أو فاسخ...)، وكالإرث أو الوصية بمنقول معين بالذات ؛ فبمجرد الحيازة يفترض معها حسن النية والسبب الصحيح، حتى يقوم الدليل على العكس.[2]

ولا يشترط ههنا، أن يكون هذا السبب مسجلا لعدم لزوم التسجيل غالبا لنقل الحق في المنقول في مثل هذه الأحوال.[3] وهذا التصرف القانوني الذي من شأنه نقل الملكية هو السبب الصحيح، فهو عنصر من عناصر حسن النية، وليس بشرط مستقل.[4]

ومن ثم، لا يكون سببا صحيحا في هذا الخصوص الوقائع المادية التي تقتصر على ترتيب إلتزامات شخصية، وليس من شأنها أن تنقل الملكية، كعقود الإيجار والعارية والحراسة والوديعة والوكالة، والقسمة الاختيارية، والصلح، والأحكام القضائية، والتصرف القانوني الباطل، وكذا التصرف الصوري.[5]

---

[1]- **المحكمة العليا**، غ.ع، 2000/07/26، ملف رقم 201978، إق.غ.ع، 2001، عدد خاص، ج2، ص 331.

[2]- **نقض مدني مصري**، 2009/01/25، طعن رقم 10162، لسنة 73 ق ؛ 1990/05/21، رقم 1834، م.أ.ن، س41، ص 164 ؛ 1961/04/18، طعن رقم 1359، لسنة 30ق.

[3]- **تركي النفيعي**، قاعدة حيازة المنقول سند الحائز، رسالة الماجستير المذكورة، ص 67 وما بعدها ؛ **د. عبد السلام بك**، السبب الصحيح في التقادم الخمسي، مجلة المحاماة، القاهرة، السنة 7، العدد7، مارس 1927.

[4]- **د. عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط، ج9، ص 1195 وما يليها.

[5]- **د. عبد الرزاق السنهوري**، المرجع نفسه، ج9، ص 1191 وما يليها.

ج- آثار قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز :

إذا توافرت هذه الشروط، وكانت الحيازة صحيحة مقترنة بحسن النية، وتستند إلى سبب صحيح : كسب الحائز ملكية المنقول بمجرد الحيازة، وهذا هو الأثر المكسب لملكية المنقول، طبقا للمادة 835 من ق.م، **لأن الحيازة في المنقول سند الحائز ؛ أي أنها مكسبة لملكية المنقول،** أو الحق العيني على المنقول في القانون المدني الجزائري ؛[1] **وعلى من يدعي أن حائز المنقول ليس هو صاحب الحق عليه أن يقيم على ذلك.**[2]

فالحيازة مكسبة لملكية المنقول أو للحق العيني على المنقول، عند توافر شروط تملك المنقول بالحيازة، متى كان الحائز حسن النية، والسبب الصحيح قد توافر لديه، وهي ملكية قديمة لم تتغير في الحقيقة، **فهي ليست ملكية جديدة متميزة ؛ لأن الملكية حق دائم (م 674 من ق.م)،** غير أنها انقلبت بحكم الحيازة للحائز خالصة حتى من التكاليف بحكم الحيازة أيضا ؛ والقانون هو الذي جعلها كذلك **(م 835 من ق.م)،** أي أن الحائز يتملك المنقول بقوة القانون دون حاجة إلى أي إجراء آخر.[3]

كما أنه يترتب على قاعدة حيازة المنقول سند الحائز، **الأثر المسقط للتكاليف والقيود العينية على المنقول** ؛[4] فيتملك الحائز المنقول خالصا من هذه التكاليف والقيود العينية وذلك بحكم القانون، وفقا لأحكام المادة 2/835 من ق.م. فلو وضع الحائز يده على منقول وهو مرهون رهن حيازة مثلا، ملكه في الحال خالصا من الرهن ؛ وهذا بخلاف العقار المرهون رهنا رسميا.[5]

د-الاستثناءات الواردة على القاعدة :

يرد على قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز، استثناءات هامة تتعلق بالمنقولات المسروقة أو المغتصبة أو الضائعة (المفقودة) من مالكها

---

[1]- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج6، ص514.

[2]- د. أنور العمروسي وآخرون، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني، ج 8، طبعة 2013، ص 54.

[3]- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج6، ص514.

[4]- د. أنور العمروسي وآخرون، نفس المرجع، ج 8، ص 54 و55 ؛ د. محمد المنجي، الحيازة، المرجع المذكور، ص 140 وما بعدها ؛ أ. علي حسن، التقادم في المواد المدنية والتجارية، ص 231 وما يليها.

[5]- راجع لاحقا موضوع الرهن الرسمي في هذا الكتاب.

(Meubles perdus ou volés)، فقد أجاز القانون المدني الجزائري، وفقا للمادة 836 من ق.م لمالك المنقول، أو السند لحامله، إذا فقده أو سرق منه؛ أن يسترده ممن يكون حائزا له، ولو بحسن النية، بمقتضى دعوى الإسترداد (L'action en Revendication)[1]؛ وللحائز هنا أن يرجع على الشخص الذي تلقاه منه أو اشتراه منه.[2]

فإذا كان من يوجد الشيء المسروق أو المغصوب أوالمفقودة في حيازته، قد اشتراه بحسن نية من سوق عامة أو في مزاد علني، أو من بائع يبيع أمثاله؛ فلا يجبر على إعادته لمستحقه إلا بمقابل أن يعجل له بالثمن الذي دفعه في المنقول محل الحيازة.[3]

ويشترط في الشخص الذي يتجر في مثل الشيء المسروق أو الضائع أو المفقود بهذا الخصوص (perdus ou volés)، أن يتجر فيه حقيقة، ولا يكفي أن يظهر البائع بمظهر التاجر، أو أن يعتقد المشتري أنه يتعامل مع تاجر؛ وتقدير الإحتراف بالتجارة أو الإتجار بمثل الشيء المسروق أو الضائع، مسألة يترك الفصل فيها لقضاة الموضوع.[4]

ويستوجب لجواز استرداد المنقول ممن يحوزه بحسن نية وسبب صحيح، أن ترفع دعوى الإسترداد (Revendication contre un précédent possesseur) في خلال ثلاث سنوات من وقت وقوع السرقة أو الضياع، طبقا للمادة 836 من ق.م.

---

[1]- لأن مصلحة المالك عندئذ أولى بالرعاية.
نقض مدني فرنسي، 3، 2003/02/12، Bull. Civ، 3، رقم 36 ؛ 1983/06/28، المرجع نفسه، 3، رقم 148 ؛ 1، 1967/06/20، دالوز، 1968، 32 ؛ نقض مدني مصري، 1961/04/18، طعن رقم 1359، لسنة 30 ق ؛ 1955/01/11، رقم 1030، لسنة 24 ق.

[2]- راجع المادة 977 مدني مصري، و1326 مدني إماراتي، و928 مدني ليبي، و1164 مدني عراقي، و981 مدني ليبي، و787 مدني سوداني، و54 من مجلة الحقوق العينية التونسية.
Voir Cuillieron M, Revendication des meubles perdus ou volés et protection possessoire, RTDCiv, 1986, p 504 et s.

[3]- نقض مدني فرنسي، 1، 1973/05/08، دالوز، 1973، المختصرات، 119 ؛ 1931/02/11، دالوز الدوري، 1931، 1، 129، تعليق الأستاذ سافا تيي R.Savatier ؛ 1888/03/12، دالوز الدوري، 1888، 1، 264.
Voir Drass W, La fonction ambigue de l'action possessoire, Defrénois, Paris, 2006, Art 2276.

[4]- نقض مدني مصري، 2009/01/25، طعن رقم 10162، لسنة 73 ق ؛ 1986/12/09، رقم 561، لسنة 53 ق ؛ 1961/04/18، رقم 1359، لسنة 30 ق ؛ 1955/01/11، رقم 1030، لسنة 24 ق.

ومما تقدم، نلاحظ أخيرا بأنه يتقيد دور الحيازة في كسب ملكية المنقول، بألا يكون المنقول قد سرق أو ضاع من مالكه ؛ إذ يستطيع المالك في حالتي السرقة أو الضياع أن يسترد المنقول من الحائز، بالرغم من حسن نيته. كما أن **إعمال قاعدة مرور زمن التقادم القصير، هي متعلقة باسترداد المنقول عند ثبوت سرقته أو ضياعه في أجل 3 سنوات من تاريخ السرقة أو** الضياع، عند من أحرزه عن حسن نية، ذلك أن الدعوى ضد السارق تبقى خاضعة لمرور الزمن العادي الوارد في التقادم الطويل المنصوص عليه قانونا[1].

---

[1]- نقض مدني مصري، 2009/01/25، طعن رقم 10162، لسنة 73 ق.

المبحث الخامس

الحقوق المتفرعة عن حق الملكية

démembrement du droit de la propriété

الأصل في القانون المدني الجزائري أن الملكية جامعة، أي خالية من كل قيد، وأن المالك يجمع كل السلطات التي يمكن تصورها على الشيء المملوك، من استعمال واستغلال وتصرف، ما لم يقم دليل يخالف ذلك (م 674 و675 من ق.م) ؛ غير يجوز للمالك أن يرتب للغير حقا شخصيا أو عينيا على العين التي يملكها (م 844 إلى 857 من ق.م).

وعلى هذا الأساس، فإن **الحقوق المتفرعة أو المشتقة عن حق الملكية هي حقوق عينية أصلية أخرى تشتق من حق الملكية** (la propriété démembrée)، **فهي تخول أصحابها بعض سلطات المالك**، ولذلك فهي تفترض أن الملكية لشخص آخر غير شخص صاحب أحد هذه الحقوق ؛ **فهي حقوق تقتطع بعض سلطات المالك لتقررها لحساب شخص آخر غير المالك** (il ya dissociation juridique des attributs du droit de la propriété) ؛[1] فهي الحقوق المتفرعة عن حق الملكية، لا تمنح لصاحبها إلا بعض هذه السلطات، كالحقوق المتعلقة على مال الغير، وتخول لصاحبها إستعمال الغير أو الإنتفاع به.[2]

ومن بين الحقوق المتفرعة عن حق الملكية في القانون المدني الجزائري : حق الإنتفاع (droit d'usufruit)، وحق الإستعمال (droit d'usage)، وحق السكنى (droit d'habitation) التي نظمها المشرع الجزائري في المواد من 844 إلى 857 من ق.م، وحقوق الإرتفاق (Les servitudes) في المواد من 867 إلى 881 من ق.م.[3]

وقد خص المشرع الجزائري الوقف (Les biens Waqfs ou les biens de mainmorte) بتنظيم خاص في المواد من 213 إلى 220 من القانون رقم 11/84 المتضمن قانون الأسرة

---

[1]- Voir Weill (A), Terré (F), Simler (Ph), Les Biens, op.cit ; N° 717 ; Robert A, Rép. Civ, Les Servitudes.

[2] - Cf. Atias Ch, La mutabilite des servitudes conventionnelles, RTDCiv, 1979, p 245 et s.

[3]- وتقابلها المواد 578 و625 و637 وما بعدها مدني فرنسي.

الجزائري ؛[1] والقانون رقم 10/91 المؤرخ في 1991/04/27 المتعلق بالأوقاف ؛[2] وبالقانون رقم 25/90 المؤرخ في 1990/11/18 المتضمن التوجيه العقاري (م 31 و32 منه).[3]

وهناك حقوقا متفرعة عن حق الملكية سكت عنها القانون المدني الجزائري : كحق المساطحة (أو حق القرار)، وحق الحكر، والتي يحيل بشأنها المشرع الجزائري لأحكام الشريعة الإسلامية (م1/1 من ق.م).

ويترتب على ذلك، أن جميع الحقوق المتفرعة عن حق الملكية يضيق الحق العيني الأصلي فيها، فلا يشمل سوى بعض هذه السلطات ؛ فهي حقوق مؤقتة في الحقيقة، من شأنها تجزئة حق الملكية لأنها تتفرع عنه، وتعود الملكية كاملة إلى المالك بعد أن تستنفذ مدة بقائها.[4]

ولذا فإن **حق الإنتفاع** مثلا يسقط حتما بموت المنتفع، أو بإنتهاء أجله المعين في العقد ؛ كما أن **حق الإرتفاق** يكون للإرادة قدرة على توقيته بمدة معينة، وعندئذ ينتهي بحلول هذا الأجل المحدد، وقد ينتهي إذا صار الإرتفاق غير مجد.

ومن ثم، فإن الحقوق المتفرعة عن حق الملكية هي كالآتي :

1- حق الإنتفاع.

2- حق الإرتفاق.

3- الوقف

4- حق الإستعمال وحق السكنى.

5- حق المساطحة.

6- حق الحكر.

وهو ما سنعالجه بصورة موجز في المطالب الستة الآتية :

---

[1] - المعدل بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27.

[2] - المعدل والمتمم بالقانون رقم 07/01 المؤرخ في 2001/05/22، وبالقانون رقم 10/02 المؤرخ في 2002/12/14.

[3] - المعدل بالأمر رقم 26/95 المؤرخ في 1995/09/25.

[4] - **د. محمد سوار**، حق الملكية في ذاته، ص 37.

المطلب الأول

حق الإنتفاع

(Usufruit et Droit d'usage)

حق الإنتفاع هو حق عيني أصلي مقرر لشخص على مال مملوك للغير، يخوله إستعماله واستغلاله لمدة معينة، مع إلزامه بالمحافظة على هذا الشيء المنتفع به، ورده لصاحبه عند نهاية حق الإنتفاع ؛ والذي ينتهي حتما بموت المنتفع. وحق الإنتفاع هو الحق الثاني بعد حق الملكية من حيث السلطات التي يمنحها للمنتفع. وقد نظم القانون المدني الجزائري حق الإنتفاع في المواد من 844 إلى 854 من ق.م.

في هذا المطلب نعرض لماهية حق الإنتفاع، ولخصائصه، وأسباب إكتسابه ؛ ثم نوضح بعد ذلك أحكامه وآثاره المتعلقة بحقوق المنتفع والتزاماته، ثم نبين حالات إنقضائه ؛ وأخيرا نقيم موازنة بين حق الإنتفاع وحق المستأجر لتبيان الفروق المهمة بينهما.

الفرع الأول

ماهية حق الإنتفاع

نتطرق في هذا الفرع لتعريف حق الإنتفاع، ثم نبين خصائصه القانونية فيما يلي :

أولا : تعريف حق الإنتفاع

هو حق عيني يخول لشخص يسمى المنتفع، الإنتفاع بشيء مملوك للغير، حيث يتمتع بسلطتي الإستعمال والإستغلال دون سلطة التصرف، التي تظل باقية في يد مالك هذا الشيء، وهو مالك الرقبة.[1]

فهو ما يطلق عليه **ملكية المنفعة** (L'usufruit)، ويسمى أيضا بـ"حق الإنتفاع" (Droit d'usage) الشخصي المرتبط بشخص المنتفع لا بالعين

[1] - راجع المادة 936 مدني سوري، و985 مدني مصري، و1205 مدني أردني، و1333 مدني إماراتي، و1249 مدني عراقي، و12 من قانون الملكية العقارية اللبناني، و578 وما بعدها مدني فرنسي.

المملوكة، بإستعمال العين واستغلالها والإنتفاع ما دامت قائمة على حالها، وهو صاحب حق المنفعة (Droit d'usufruit).[1]

ويسمى حق الإنتفاع ب "الملك الناقص" في الفقه الإسلامي، حيث يحدث الإنفصال بين ملكية العين وملكية المنفعة ؛ فيترتب على تقرير حق الإنتفاع تجزئة حق الملكية بين مالك العين، وهو صاحب الرقبة الذي له الحق في التصرف في العين (Le nu-propriétaire)، وبين مالك الإنتفاع (L'usufruitier) وهو صاحب المنفعة فقط، الذي يكون له حق الإنتفاع لمدة معينة بما أبيح له وفقا للإتفاق.[2]

فإذا ثبت حق المنفعة (أي ملكية المنفعة) لشخص وهو المنتفع، كما هو الحال : في الإجارة، والإعارة أو العارية، والوقف، والإرتفاق، والوصية بالمنافع، والإباحة (وهي الإذن بالإنتفاع بالعين من غير تعاقد)، جاز له أن ينتفع بالعين المملوكة للغير بنفسه، وله أن يملكه لغيره بعوض أو بغير عوض، مع المحافظة عليها.[3]

وحق الإنتفاع في الفقه الإسلامي هو حق عيني، إما أن يتعلق بشخص المنتفع (وهو حق الإنتفاع الشخصي)، أي Droit d'usufruit في القانون المدني الفرنسي (م 578 وما بعدها من ق.م.ف)، فيثبت له حق الإنتفاع مباشرة على الشيء (La jouissance de la chose)، وقد ينتقل إلى غيره في بعض الحالات ما لم

---

[1] - إن أغلب فقهاء الفقه الإسلامي وكذا علماء القانون، لا يفرقون بين ملك المنفعة وحق الإنتفاع، لأن كلاهما واحد ؛ لأن المقصود هو الحق الذي يثبت للشخص في استعمال ملك غيره واستغلاله مع بقاء حق التصرف للمالك ؛ فهو إستعمال عين تخص الغير واستغلالها ما دامت باقية على حالها، خلال المدة المحددة له مع المحافظة عليها، وإن لم تكن رقبتها مملوكة للمنتفع.

راجع د. بلحاج العربي، الوسيط في شرح الحقوق العينية، المرجع المذكور، ص 253 و254 ؛ النظريات العامة في الفقه الإسلامي، ص 127 وما بعدها.

[2] - أنظر المادة 13 و15 من مرشد الحيران ؛ و658 و760 من مجلة الأحكام العدلية ؛ المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، المادة 1205.

وراجع د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، ص 59 وما بعدها ؛ الشيخ علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، ص 95 وما يليها ؛ د. فراج حسين، الملكية ونظرية العقد، ص 87 ؛ د. علي العبيدي، الوجيز في الحقوق العينية، ص 197 و198.

[3] - الشيخ علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، ص 10 و11 ؛ د. مصطفى شلبي، المدخل للفقه الإسلامي، ص 423.

يتعاقد المتعاقدان على غير ذلك ؛ وعلى أي حال ينتهي بحلول الأجل المحدد له، أو بوفاة المنتفع أيهما أقرب.[1] وإما أن يتعلق حق الإنتفاع بالعين المملوكة (وهو حق الإنتفاع العيني)، وهو ما يسمى بحقوق الإرتفاق (Les Servitudes) ؛ أي أنه يتعلق عندئذ بعين العقار المقرر عليه هذا الحق، فيتبع العقار المقرر له هذا الحق أنى ذهب، ويثبت لمن يملك العقار.[2]

ثانيا : خصائص حق الإنتفاع

أ- حق الإنتفاع حق عيني أصلي

فهو حق عيني أصلي يتفرع عن حق الملكية، يترتب عليه تجزئة عناصر الملكية ؛ فهو يعطي صاحبه حق عيني مباشر على العين المنتفع بها (La nature réelle du droit d'usufruit)، أي **سلطة إستعمال الشيء واستغلاله فقط دون وساطة من آخر ؛ أما سلطة التصرف فيحتفظ بها المالك** (م 844 و845 و849 من ق.م).[3]

ولذلك يبقى للمالك ملكية الرقبة التي تخول له سلطة التصرف في الشيء ؛ ولهذا يختلف حق المنتفع عن حق الشريك في الشيوع الذي تكون له كل سلطات الملكية على الشيء المشاع في حدود حصته. كما أن حق المنتفع يتميز عن حق المستأجر، لأن هذا الأخير دائن للمؤجر بالإنتفاع بالعين المؤجرة بتمكينه من ذلك، فيتوسط المؤجر بين المستأجر والعين المؤجرة.[4]

---

[1] - أ. مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج1، 284 وما بعدها ؛ د. أحمد حسين، الملكية ونظرية العقد، ص 85 وما يليها ؛ د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج6، ص 21 و22 ؛ د. محمد سوار، الحقوق العينية الأصلية، ج1، فقرة 359،ص 528 ؛ ج2، فقرة 350، ص 363.

[2] - القرافي، الفروق، ج1، ص 187 ؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص 386. وراجع للإستزادة: د. بلحاج العربي، نظرية الإرتفاق في الفقه الإسلامي، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، الرياض، 1997، العدد 35.

[3] - "فتصبح الملكية العقارية المثقلة بحق الإنتفاع يجتمع فيها حقان عينيان: حق الرقبة للمالك، وحق الإنتفاع للمنتفع ؛ وهذا الحق بالإنتفاع مؤقت ينتهي بانتهاء الأجل المعين له، فإن لم يعين له أجل عد مقررا لحياة المنتفع، وينتهي على أي حال بموت المنتفع وفقا لما تقضي به المادة 993 من القانون المدني". انظر نقض مدني مصري، 1994/11/03، طعن رقم 2627، 60 ق ؛ 1987/12/03، طعن رقم 1598، س 55 ق ؛ د. نـدين مشموشي، حق الإنتفاع، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006، ص 11 وما بعدها.

[4] - راجع لاحقا التفرقة بين حق المنتفع وحق المستأجر.

ب- حق الإنتفاع يرد على شيء مملوك للغير غير قابل للإستهلاك

سواء كان عقارا أو منقولا، كالدور، والأراضي، والآلات، والمواشي، ؛ فإذا ورد حق الإنتفاع على عقار، اعتبر مالا عقاريا من الناحية القانونية، يخضع للتسجيل في السجل العقاري لقيامه صحيحا فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير، ويجوز رهنه، مع مراعاة الطبيعة المؤقتة لحق الإنتفاع ؛ فتصبح للمنتفع سلطة على الشيء المنتفع به دون وساطة مالك الرقبة.[1] ومن ثم يخول لصاحبه ميزتي الأفضلية والتتبع ؛ كما أنه يلتزم المنتفع برد الشيء إلى صاحبه عند نهاية حق الإنتفاع بحلول الأجل المحدد له.[2]

وقد يقع الإنتفاع على شيء غير مادي أو معنوي، طالما يخول للمنتفع منفعة إقتصادية، بما يتلاءم مع التطورات الحديثة ؛ كالقيم المنقولة، وبراءات الإختراع، والعلامات التجارية، وغيرها.[3]

ج- حق الإنتفاع له صفة التأقيت

بمعنى أنه حق مؤقت بطبيعته يرد على منفعة تقترن بمدة معينة محددة متفق عليها (L'usufruit est un droit temporaire)، طبقا لما يقضي به سبب إنشائه ؛ فيكون المنتفع ملزما قانونا بالمحافظة على الشيء المنتفع به، ورده عند إنتهاء الإنتفاع المحدد له.[4] وبهذا يفترق حق الإنتفاع عن حق الملكية، الذي يعد حقا دائما، كما رأينا سابقا ؛ إذ ينتقل بعد وفاة المتصرف إلى ورثته (Le caractère temporaire de l'usufruit s'oppose à la perpétuité de la propriété).[5]

---

[1] - نقض مدني مصري، 2009/04/28، طعن رقم 4741، لسنة 71 ق، 1991/05/23، م.ن، س 42، ص 1181.

[2] - حق الإنتفاع حق عيني أصلي مؤقت، يتفرع عن حق الملكية، يعطي صاحبه سلطة إستعمال الشيء واستغلاله بنفسه أو بواسطة غيره دون التصرف فيه ؛ لأن شرطه ألا يتجاوز إلى حق الرقبة، لأن سلطة التصرف تظل بيد المالك بوصفه مالكا للرقبة. أنظر نقض مدني مصري، 1994/11/03، طعن رقم 2627، 60 ق ؛ 1993/07/07، رقم 5106، 62 ق ؛ 1991/05/23، المشار إليه ؛ 1960/05/26، س 11، ص 421.

[3] - د. نبيل سعد، الحقوق العينية الأصلية، ص 191 ؛ وراجع التفاصيل في كتاب د. ندين مشموشي، حق الإنتفاع، المرجع المذكور، ص 11 ما يليها.

[4] - Cass.Civ, 3°, 23/05/2002, D, 2002, I.R, 1882.

[5] - Voir Rieg A, Rép. Civ, Usufruit ; Aulagner, Evaluation de l'usufruit et de la nu-propriété, Rev. Dr et Patr, 1999, p. 64 et s ; Malaurie (Ph) et Aynès (L), Les Biens. Op.cit, N° 804 et s.

وهذا وضع إستثنائي راجع إلى طبيعة حق الإنتفاع ذاته، إذ المفروض قانونا أن تتجمع تلك العناصر في يد شخص واحد وهو المالك كما رأينا، ولذلك إكتسب حق الإنتفاع أبرز صفة له وهي صفة التأقيت أو التوقيت ؛ حيث ينتهي بانتهاء المدة المعينة للإنتفاع، شريطة أن تنتهي هذه المدة قبل وفاة المنتفع ؛[1] لأن القانون المدني الجزائري اعتبر هذا الحق منتهيا حتما بموت المنتفع وفقا للمادة 852 من ق.م).[2]

فهو حق ينتهي حتما بانتهاء المدة المتفق عليها، أو بوفاة المنتفع، أيهما أقرب. وعليه فإن حق الإنتفاع هو حق مؤقت، وهو مرتبط بشخص المنتفع ؛ لا ينتقل إلى ورثته، وإنما ينتهي بوفاته حتى قبل إنقضاء الأجل المعين (م 847 و852 و854 و862 من ق.م).[3]

وهو ما استقر عليه الإجتهاد القضائي للمحكمة العليا، من أن : حق **الإنتفاع وفقا لطبيعته ينتهي بانقضاء الأجل المتفق عليه** ؛ فإن لم تعين المدة المحددة للإنتفاع، عد مقررا لحياة المنتفع، حيث **ينتهي بوفاة هذا الأخير من حيث المبدأ.**[4]

الفرع الثاني

أسباب كسب حق الإنتفاع

نصت المادة 844 من ق.م على أنه : "**يكسب حق الإنتفاع بالتعاقد وبالشفعة وبالتقادم، أو بمقتضى القانون. ويجوز أن يوصى بحق الإنتفاع**

---

[1] - نقض مدني مصري، 1994/11/03، طعن رقم 2627، 60 ق ؛ 1987/12/03، طعن رقم 1598، س 55 ق.

أنظر د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج9، ص 120 ؛ د. عبد المنعم الصدة، الحقوق العينية الأصلية، ص 861 ؛ د. محمد سوار، الحقوق العينية الأصلية، ج2، فقرة 350، ص 363 ؛ د. نبيل سعد، الحقوق العينية الأصلية، ص 191 ؛ د. رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ص 392 وما بعدها.

Cf. Planiol (M) et Ripert (G),Traité Pratique du droit civil Français, T. 6 , N° 757 ; Dockes E, Essai sur la notion d'usufruit, R.T.D.Civ, 1995, p. 501 et s.

[2] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2012/06/14، ملف رقم 718274، م.م.ع، 2012، العدد2، ص 403.

[3] - وتقابلها المادة 619 مدني فرنسي ؛ و993 مدني مصري، و1215 مدني أردني، و1344 مدني إماراتي، و1/696 مدني سوداني.

[4] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2012/06/14، ملف رقم 718274، المشار إليه.

لأشخاص متعاقدين إذا كانوا موجودين على قيد الحياة وقت الوصية، كما يجوز أن يوصى به للحمل المستكين".

ومقتضى هذه المادة أن حق الإنتفاع يكتسب بالتصرف القانوني إبتداءا، سواء كان هذا التصرف عقدا أو وصية، كما أنه ينتقل عن طريق الشفعة، وبالتقادم أي بالحيازة إبتداءا وانتقالا عند سماع الدعوى.[1]

ولا يصلح الميراث قانونا لكسب حق الإنتفاع، لأنه حق مؤقت ينتهي بموت المنتفع (م 852 من ق.م)، كما رأينا في خصائصه ؛[2] كما أن الإستيلاء والإتصال لا يصلحان أيضا لكسب حق الإنتفاع، لأن طبيعته لا تتفق معهما.

ونلاحظ بأن حق الإنتفاع لدى جمهور الفقهاء في الفقه الإسلامي يقبل التوارث، باعتبار أن المنافع أموال مملوكة للمورث فتورث عنه ؛ لأن المنفعة مال مما يدخل في تركة المورث، ويرث عنه عند المالكية والشافعية والحنابلة ؛ فبوفاة المنتفع يحل محله ورثته حتى تنتهي مدة الإنتفاع. فإذا توفي المنتفع ولم يكن حق الإنتفاع قد انتهى اجله وقت الوفاة، إنتقل حق الإنتفاع لورثته الشرعيين حتى تنتهي المدة المحددة للإنتفاع المتفق عليها.[3] ونعرض لأسباب كسب حق الإنتفاع في القانون المدني الجزائري فيما يلي :

---

[1] - :من المقرر قانونا أنه: يكتسب حق الإنتفاع بالتعاقد والشفعة وبالتقادم، أو بمقتضى القانون، وفقا للمادة 844 من ق.م".

راجع المحكمة العليا، غ.م، 1998/12/08، ملف رقم 187291 ؛ 1998/03/25، ملف رقم 179132 : 1997/11/19، م.ق، 1997، العدد2، ص55 ؛ 1995/07/11، ملف رقم 136789، م.ق، 1999 : 1991/02/18، ملف رقم 64984، م.ق، 1993، العدد1، ص 23.

[2] - ومن المعلوم أنه إستقر قضاء المحكمة العليا على أنه: **تكتسب الحقوق الميراثية بالتقادم وفقا للمادة 829 من ق.م، إذا دامت الحيازة ثلاث وثلاثين سنة كاملة،** إذا كانت الحيازة مقترنة بعنصريها وشروطها القانونية، وكانت بحسن النية وقامت على سبب صحيح، مع إنعدام الإكراه والخفية والغموض.

راجع المحكمة العليا، غ.ع، 2014/06/12، ملف رقم 853794، م.م.ع، 2014، العدد2، ص 315 ؛ 2014/03/13، ملف رقم 835419، المجلة نفسها، 2014، العدد1، ص 360؛ 1994/11/15، ملف رقم 110173، م.ق، 1994، العدد3، ص84 ؛ ملف رقم 40944، م.ق، 1991، العدد3 ؛ غ.م، 1982/04/14، ملف رقم 24770، م.ق، 1989، العدد4، ص 55 ؛ 1966/02/20، م.ج، 1968، العدد4، ص 227.

[3] - انظر إبن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص 211 ؛ إبن قدامة، المغني، ج4، ص 7 ؛ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج3، ص 14 ؛ وراجع المادة 1334 مدني إمارتي التي نصت على انه": يكسب حق الإنتفاع بتصرف قانوني او بالشفعة او بالميراث او بمرور الزمان".

١- إكتساب حق الإنتفاع بالعقد :

يكتسب حق الإنتفاع بالتصرف القانوني، سواء كان التصرف عقدا أو وصية ؛ وإكتساب حق الإنتفاع بالعقد قد يكون إبتداءا، وهو الغالب في الحياة العملية، كتنازل المالك بالعقد عن حق الإنتفاع للغير ؛ وقد يكون في بعض الأحيان إنتقالا، كتنازل المنتفع بالعقد للغير عن حقه في الإنتفاع، فيكون قد نقل له حق موجود (Usufruit sur usufruit)).[1]

وقد يكون إكتساب حق الإنتفاع بالعقد، بعوض أو بغير عوض، كالبيع أو المقايضة أو الهبة أو القسمة وغيرها ؛ حيث يتفق مالك الشيء في عقد من العقود الناقلة للملكية على أن يرتب عليه حق إنتفاع لمصلحة شخص آخر ويحتفظ بالتصرف ؛[2] فينشأ حق الإنتفاع بطريق غير مباشر بسبب فصل الرقبة عن الإنتفاع، سواء أكان المنفع شخصا طبيعيا أو إعتباريا.[3]

وفي هذا أشارت المحكمة العليا في إجتهاداتها الحديثة بأنه : "يكسب حق الإنتفاع بالتعاقد، وفقا للمادة 844 من ق.م، وبما أن عقد الهبة هو من العقود، فهو ينعقد بالإيجاب والقبول طبقا لما تنص عليه المادة 206 من ق.أ ؛ كما أن الحيازة شرط من شروط الهبة. ومن ثم، يكون عقد الهبة صحيحا، إذا كان موضوعه حق إنتفاع...".[4]

وقد أغفل القانون المدني الجزائري معالجة حكم الإنتفاع المقرر لمصلحة الشخص الإعتباري، ورغم هذا فإن نصوصه النظامية المطلقة المتعلقة بحق الإنتفاع التي جاءت بصيغة العموم، بما فيها النصوص المتعلقة بالوصية بالمنافع في قانون الأسرة الجزائري ؛ لا تمنع قانونا إنشاء المنافع لصالح

---

[1] - Voir Rieg A, Rép. Civ, Usufruit .

[2] - المحكمة العليا، غ.ع، 2013/11/13، ملف رقم 0803432، م.م.ع، 2013، العدد2، ص 326 ؛ 2001/03/15، ملف رقم 702225، م.م.ع، 2012، العدد2، ص 386.

[3] - يغلب في الحياة العملية أن يكون التصرف القانوني المنشىء لحق الإنتفاع من عقود التبرعات، بإعتبارها الأكثر إنتشارا : كعقد الهبة، وكذا عقد الوصية.
Voir Barraud (E), La transmission de la propriété en cas de Donation, Rev. Alg, 2013, N° Spécial, P 217 ; Sirinelli P, Le quasi-usufruit, LPA, 21 et 26 juillet 1993.

[4] - المحكمة العليا، غ.ع، 2013/11/13، ملف رقم 0803432، المشار إليه ؛ 2001/03/15، ملف رقم 702225، مذكور سابقا.

الأشخاص الإعتبارية. وقد أجاز القانون المدني الفرنسي في المادة 619 الإنتفاع المقرر لصالح الشخص الإعتباري، على أن لا يزيد عن ثلاثين سنة.[1]

أما فقهاء الشريعة الإسلامية أشاروا إلى أنه يجوز تملك المنفعة بعوض وبغير عوض،[2] وذكروا بأن الإعارة أو العارية (Le prêt à usage) هي تمليك للمنفعة بغير عوض، إذ يجوز للمستعير أن ينتفع بالشيء المعار بإذن من المالك، ولكن ليس له إجارته، وبشرط عدم الإضرار بالعين؛ وعلى المستعير أن ينفق عليها ان احتاجت إلى نفقات.[3]

ويشترط أن يكون منشىء حق الإنتفاع مالكا للشيء الذي يرد عليه الإنتفاع، وأهلا للتصرف به؛ ويجوز إنشاء حق الإنتفاع منجزا أو مضافا إلى أجل واقف، أو يكون باتا أو معلقا على شرط واقف او فاسخ؛ كما يجوز أن يتضمن العقد شرط مانع من التصرف في حق الإنتفاع.[4]

فإن تنازل مالك الرقبة عن حق الإنتفاع بملكه للغير المنتفع، بالعقد إبتداء وانتقالا، لا يمنعه قانونا من التصرف بالرقبة؛ بشرط ألا يلحق هذا التصرف ضررا بالمنتفع، فله مثلا حق بيعها وهبتها، وكذا رهنها والإيصاء بها.[5]

ويتقرر الإنتفاع على جميع الأموال كما رأينا، سواء كانت من العقارات: كالدور والبساتين والحوانيت؛ أو من المنقولات: كالسيارات والآلات وغيرها. كما أنه يرد على الأشياء المادية والأشياء غير المادية، فيجوز أن يرد على الأموال المعنوية: كتقرير حق إنتفاع على الديون، وكذا على القيم المنقولة، كالأسهم والسندات والإيرادات المرتبة وحقوق المؤلف وبراءة الإختراع وغيرها؛ كما يمكن أن يرد على على الحقوق الشخصية.[6]

---

1 - Malaurie (Ph) et Aynès (L), Les Biens. Op.cit, N° 805.

2 - المادة 15 من مرشد الحيران.

3 - أما إذا كان الإنتفاع بعوض كما في الإجارة، فالنفقات تجب على مالك العين المؤجرة. أنظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج3، ص 278؛ القرافي، الفروق، ج1، ص 193.

4 - د. محمد سوار، الحقوق العينية الأصلية، ص 785 وما بعدها.

5 - د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج9، ص 1212.

6 - د. محمد سوار، المرجع المذكور، ص 778 وما بعدها.

ب- إكتساب حق الإنتفاع بالوصية :

ومن جهة أخرى، **يجوز أن يوصى المالك بحق الإنتفاع لشخص معين** إبتداءا، على أن تظل الرقبة لورثته أو العكس ؛[1] كأن يوصي المالك لشخص محدد بمنفعة دار لمدة معينة، فيكسبه حق الإنتفاع بها إبتداءا بتصرف إنفرادي منشىء وهو الوصية (م 184 و196 من ق.أ)، فتعود المنفعة بعد موت المنتفع الموصى له لأصحاب الرقبة بالوفاة، وهم ورثة الموصي، لأن الوصية لا تكسب حق الإنتفاع خلافة.

فقد نصت المادة 196 من ق.أ صراحة على أن : **الوصية بمنفعة لمدة غير محدودة تنتهي بوفاة الموصى له**، وتعتبر عندئذ عمرية (Le legs portant usufruit pour une durée indétrminée est réputé viager et cesse au décès du légataire).

فإنه تجوز الوصية بالمنافع، أي بجميع ما يستفاد من العين، سواء كانت منافع العين كلها أو بعضها، لأن المنافع أموال كالأعيان : كسكنى الدار، وزراعة الأرض، وغلات الأرض وثمارها، وحقوق الإرتفاق...، يجوز تمليكها حال الحياة أو بعد الوفاة بعقد الوصية ؛ غير أن الوصية بالمنفعة لمدة غير محدودة، تنتهي حتما بوفاة الموصى له وفقا لأحكام المدة 196 من ق.أ.[2]

كما أنه تجوز الوصية بالرقبة لشخص وبمنفعتها لشخص آخر، وتجوز الوصية لأشخاص متعاقبين، إذا كانوا موجودين على قيد الحياة وقت الوصية ؛ وهنا يثبت حق الإنتفاع لكل منهم على التوالي، كأن يوصي مالك العين بحق الإنتفاع لأكثر من الشخص على التعاقب (م 195 من ق.أ). كما يجوز أن يوصى به للحمل المستكين، بشرط أن تتم ولادته حيا ؛ فإذا ولد توائم يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس (م 844 من ق.م و187 من ق.أ).[3]

---

[1] - فإنه يجوز أن يوصي بمنفعة العين لشخص أجنبي لتبقى المنفعة على ملك الورثة (المادة 18 من مرشد الحيران).

[2] - د. **بلحاج العربي**، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، د.م.ج، الجزائر، ج1، ط5، 2007، ص 289 و307 إلى 310.

[3] - المادة 844 من ق.م، و187 و195 و196 من ق.أ.

وتجوز الوصية بالمنافع في الفقه الإسلامي (Le testament portant usufruit)، حيث يكون للموصى له بالمنفعة، أن يستوفيها بنفسه بالإنتفاع والإستغلال خلال مدة الوصية (وهي الوصية بالمنفعة المقيدة بمدة معلومة)، وأن يملكها غيره بعوض أو بغير عوض إذا كان الإيصاء مطلقا ؛ وتنتهي الوصية بالمنفعة المطلقة أو لمدة غير محدودة (أي لمدى الحياة) بموت الموصى له. فإذا كانت الوصية بالمنافع مؤبدة أو مطلقة لمن لا يظن إنقطاعهم (كجهة عامة مثلا)، فإنها لا تنتهي، بل تكون وقفا مؤبدا.[1]

ج- إكتساب حق الإنتفاع بالشفعة :

كما لو إذا بيعت الرقبة الملابسة لهذا الحق أو بعضها، حيث يجوز لمالك الرقبة أن يأخذ حق الإنتفاع بالشفعة إنتقالا، فينتقل إليه هذا الحق القائم والموجود من المنتفع إلى مالك الرقبة، وتخلص له الملكية التامة بملكية رقبة الشيء ومنفعته معا بإتحاد الذمة، ومن تم جمع شتات الملكية (م 795 من ق.م).[2]

وقد أشرنا سابقا في موضوع الملكية الشائعة، إلى أنه يحق للشريك في الشيوع أن يأخذ الحصة المشاعة المبيعة، إذا باع أحد الشركاء هذه الحصة لأجنبي، ما لم يأخذها مالك الرقبة، لأنه مقدم في المرتبة عند التزاحم بين الشفعاء.[3]

فإذا كان حق الإنتفاع شائعا بين شخصين، وباع أحدهما حصته الشائعة في الإنتفاع لأجنبي ؛ جاز الشريك المشتاع الآخر كسب المنفعة وأخذها بالشفعة، ما لم يتقدم عليه في طلبها مالك الرقبة.[4]

---

[1] - د. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع المذكور، ص 310 ؛ شروط انعقاد الوصية في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية، جامعة الجزائر، 1990، العدد 2.

[2] - د. بلحاج العربي، الوسيط في شرح الحقوق العينية في ضوء الفقه الإسلامي، المرجع المذكور، ص 260 ؛ النظريات العامة في الفقه الإسلامي، ص 131.

[3] - وراجع سابقا موضوع الشفعة، وأحكام الملكية الشائعة.

[4] - د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج9، ص 1212 ؛ المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي، ص 848 ؛ راجع سابقا موضوع تصرف الشركاء في المال الشائع، وكذا مسألة تزاحم الشفعاء للأخذ بالشفعة.

فلو أن أحد الشريكين على الشيوع في حق الإنتفاع، تصرف بحصته في الإنتفاع بدار مشاعة منتفع بها بينهما، جاز للشريك الأخر إستعمال حقه في الشفعة، كشريك في الإنتفاع واكتساب حصة شريكه بالشفعة، فيصبح صاحب الإنتفاع الوحيد بالدار ؛ وبذلك تكون الشفعة قد نقلت له حصة شريكه في الشيوع.[1]

وقد حكمت المحكمة العليا في اجتهاداتها المشهورة بأن : **المستفيدين من حق الشفعة، محددون في المادة 795 من ق.م على سبيل الحصر، ومن بينهم صاحب حق الإنتفاع**، وهو صاحب حق الإنتفاع المتفرع عن حق الملكية، وفقا للمادة 844 من ق.م.[2]

ومن ثم، **يجوز كسب حق الإنتفاع في القانون المدني الجزائري، بالشفعة في الحالات التي نص عليها القانون** : حيث يثبت الحق في الشفعة لمالك الرقبة إذا بيع كل حق الإنتفاع أو بعضه، كما تثبت الشفعة للشريك على الشيوع إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي ؛ ولصاحب حق الإنتفاع إذا بيعت كل الرقبة لهذا الحق أو بعضها.

د- إكتساب حق الإنتفاع بالتقادم :

أي بمرور الزمان إبتداءا وانتقالا، إذا كان المنتفع حسن النية، **بمقتضى حيازة العين المنتفع بها** لمدة خمس عشرة سنة، فإن الحيازة تكسبه حق الإنتفاع ؛ إذا كانت الحيازة مقترنة بعنصريها وبشروطها القانونية، بحسن النية وسبب صحيح في حق الإنتفاع ؛ إذا استمرت مدة معينة محددة بدون إنقطاع، فإنها تعتبر عندئذ دليلا على وجود الحق للحائز (م 827 وما بعدها و844 من ق.م). وعلى كل، فإن الحائز لن يقتنع بإدعاء كسب حق الإنتفاع، إذا كان يستطيع كسب حق الملكية.[3]

---

[1] - نقض مدني مصري، 1979/12/13، طعن رقم 48/103، م.ف، 30، ج2، ص 261.

[2] - راجع قرارات المحكمة العليا، غ.ع، 2002/06/18، ملف رقم 231632، إ.ق.غ.ع، عدد خاص، 2004، ج1، ص265 ؛ 2000/04/26، ملف رقم 193704، إ.ق.غ.ع، عدد خاص، 2004، ج1، ص255 ؛ تعليق أ. بوتارن فايزة، المرجع نفسه، ص 260 ؛ غ.م، 2000/04/26، ملف رقم 198458، المشار إليه ؛ 1998/03/25، ملف رقم 179132، م.ق، 1998، عدد1، ص88 ؛ 1997/11/19، ملف رقم 150100، م.ق، 1997، عدد2، ص55.

[3] - المحكمة العليا، 2005/05/18، ملف رقم 300815، م.ق، 2005، العدد2.

ومع ذلك، يجب التمييز في هذا الشأن، بين العقارات والمنقولات : ففي مجال العقارات ينحصر إكتساب حق الإنتفاع بالتقادم على العقارات التي لم تجر فيها التسوية، وكذا تلك الخاضعة للتقادم القصير في المناطق غير الخاضعة للسجل العيني، إذا كانت الحيازة بحسن نية وسبب صحيح (م 827 و828 من ق.م). وأما بالنسبة للمنقولات، فإنه يكتسب حائز المنقول من غير مالكه حق الإنتفاع، بمجرد حيازته بحسن نية وسبب صحيح للمنقول، كما رأينا في موضوع تملك المنقول بالحيازة، وفقا لمقتضيات المادة 835 من ق.م[1].

ونلاحظ أن التقادم قد ينشىء حق الإنتفاع إبتداءا تارة، وينقله تارة أخرى : ففي الحالة الأولى مثلا، قد ينشىء شخص على عقار غير مملوك له حق إنتفاع لشخص آخر، ثم يباشر الأخير حق الإنتفاع بمرور الزمان المانع من سماع الدعوى، بالنسبة للتقادم القصير المكسب متى كان حسن النية ؛ فتكون الحيازة قد أكسبته الإنتفاع إبتداءا.[2] وقد يؤجر المنتفع العين المنتفع بها، ثم يغير المستأجر صفة حيازته بنية تملك حق الإنتفاع، ومن ثم فإنه يتملكه بالحيازة، بمرور التقادم الطويل المانع من سماع الدعوى، وليس بالعقد ؛ وبذلك تكون الحيازة قد أكسبت حق الإنتفاع إنتقالا من منتفع ألى آخر[3].

وجدير بالتنويه ههنا، أن التشريع الجزائري المتعلق بالعقار الفلاحي، وبهدف تحقيق الإستثمار في الأراضي ذات الوجهة الفلاحية، ودفع التنمية الشاملة إلى الأمام، وتشجيع إستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية الخاصة، نص في **القانون رقم 03/10** المؤرخ في 2010/08/15 الذي يحدد شروط

---

[1] - الأصل أن القانون المدني الجزائري جعل من الحيازة في ذاتها سندا لملكية المنقولات بمجرد الحيازة، وقرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك (م 835 من ق.م). راجع سابقا موضوع تملك المنقول بالحيازة.

[2] - **نقض مدني مصري**، 2009/01/25، طعن رقم 10162، لسنة 73 ق ؛ 1990/05/21، رقم 1834، م.أ.ن، س41، ص 164 ؛ 1961/04/18، طعن رقم 1359، لسنة 30ق ؛ **د. عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط، ج9، ص 1212.

[3] - **نقض مدني مصري**، 1986/06/12، طعن رقم 97، لسنة 53 ق.

وكيفيات إستغلال الأراض الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة[1]، وكذا القانون رقم 16/08 المؤرخ في 2008/08/03 المتضمن التوجيه الفلاحي[2]، على أنه : للدولة أن تمنح هذه الأراضي الفلاحية التابعة لها للمستفيدين الحائزين على عقود رسمية مسجلة ومشهرة بالمحافظة العقارية، أو الحائزين على قرارات من الوالي، بموجب عقد إمتياز، يحل محل حق الإنتفاع الدائم بأراضي المستثمرات الفلاحية التابعة للقطاع العام للمنتجين الفلاحيين المعنيين.[3]

وفي هذا تكريس لأسلوب الإمتياز، كنمط حصري لإستغلال الأراضي ذات الوجهة الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة، بما في ذلك من إيجابيات وسلبيات، كبديل لحق الإنتفاع الدائم الذي هو بطبيعته من الحقوق العينية العقارية، بعد تحويل هذا الأخير إلى حق إمتياز مؤقت قابل للتوارث والتنازل والحجز عليه، دون حل إشكاليات العقار الفلاحي من أساسها[4].

الفرع الثالث

أحكام حق الإنتفاع

نصت المادة 845 من ق.م، على أنه : "**يراعي في حقوق المنتفع والتزاماته السند الذي أنشأ حق الإنتفاع، وكذلك الأحكام المقررة في المواد التالية**".

ومن ثم، فإن حق الإنتفاع يقبل التقييد بالزمان والمكان والصفة عند إنشائه كما أشرنا، كما أن السند الذي أنشأ حق الانتفاع، وكذا أحكام القانون المنظمة لحق الإنتفاع، هي التي تقرر مدة هذا الحق، وشروطه، وكيفية إعماله، وحقوق وإلتزامات المنتفع.

---

[1] - الجريدة الرسمية رقم 46، لسنة 2010 ؛ والمرسوم التنفيذي رقم 51/90 المؤرخ في 1990/02/06، الجريدة الرسمية رقم 6، لسنة 1990 ؛ والمرسوم التنفيذي رقم 326/10 المؤرخ في 2010/12/23، الجريدة الرسمية رقم 76، لسنة 2010 .

[2] - الجريدة الرسمية رقم 46، لسنة 2008.

[3] - المادة 105 من القانون رقم 30/90 المؤرخ في 1990/12/01 المتضمن قانون الأملاك الوطنية، وكذا القانون رقم 29/90 المؤرخ في 1990/12/01 ؛ والقانون رقم 19/87 المؤرخ في 1987/12/08 الي يحدد كيفية إستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية، المعدل بالقانون رقم 03/10.

[4] - راجع أ. كحيل حكيمة، تحويل حق الإنتفاع الدائم إلى حق إمتياز في ظل القانون رقم 03/10، دار هومه، الجزائر، ط2، 2015، ص 113 وما بعدها.

وعلى هذا، فإن آثار حق الإنتفاع تتمثل خاصة في حقوق والتزامات المنتفع (Les droits et obligations de L'usufruitier)، وهي ترد عادة في السند المنشيء لحق الإنتفاع ؛ فهي ترد في التصرف القانوني عقدا كان أو وصية كما أشرنا سابقا، أما إذا كسب حق الإنتفاع بالتقادم فإن أعمال الحيازة التي أدت إلى مرور الزمان هي التي تحدد مدى الحق الذي اكتسب بهذا السبب.

أ- حقوق المنتفع

بمقتضى حق الإنتفاع يثبت للمنتفع سلطتي الإستعمال والإستغلال (Le droit d'usage ou l'usus)، أما سلطة التصرف فتبقى لمالك الرقبة (Le nu-propriétaire)، ؛ إذ يقوم حق الإنتفاع على تجزئة حق الملكية كما رأينا في تعريفه وخصائصه.

فينتقل إلى المنتفع حق إستعمال الشيء المنتفع به واستغلاله واستثماره بحسب ما أعد له، وله أن يقوم بالأعمال اللازمة للحصول على ثماره دون منتجاته، وكذا إدارته إدارة حسنة بما يتفق مع طبيعته، وفي الحدود التي تمكنه من ممارسة حقه في الإنتفاع.

1- حق المنتفع في استعمال الشيء واستغلاله

الحقوق التي يتمتع بها المنتفع تتمثل خاصة في إكتسابه لحق الإنتفاع، وهو الحق العيني الثابت له في **استعمال الشيء واستغلاله** ما دام قائما، **بحالته التي تسلمه بها، وبحسب طبيعته وما أعد له**، وان يديره **إدارة حسنة** ؛[1] وأن لا يتجاوز حدود الإنتفاع المخولة له، بأن يتقيد في استعمال العين واستغلالها بالشروط التي يتضمنها السند الذي أنشأ حق الإنتفاع (م 847 من ق.م).[2]

فلا يجوز للمنتفع أن يغير من إعداد الشيء وطبيعته إلا بإذن المالك، فلهذا الأخير الإعتراض على إستعمال المنتفع للشيء إستعمالا غير مشروع، أو مخالفا للشروط، أو لا يتفق مع طبيعة الشيء وما أعد له.[3]

---

[1] - المحكمة العليا، غ.م، 1995/07/11، ملف رقم 236789.
[2] - المادة 13 و19 من مرشد الحيران.
[3] - المادة 2/847 من ق.م.

فقد قضت المحكمة العليا في قرار مشهور لها، مؤرخ في 1995/07/11، بأنه : "من المقرر قانونا، أنه على المنتفع أن يستعمل الشيء بحالته التي تسلمه بها، وحسب ما أعد له، وأن يديره إدارة حسنة."[1]

ومن المعلوم أن المادة 50 من ق.م، و13 من القانون رقم 19/87، المتضمن ضبط كيفية استغلال الراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية، وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم ؛[2] وكذا المادتان 10 و125 من القانون رقم 30/90 المتضمن قانون الأملاك الوطنية،[3] تنص على أنه : تتمتع المستثمرة الفلاحية، باعتبارها شركة مدنية بأهلية التقاضي، لحماية حق الإنتفاع الدائم، على الأراضي التي تبقى ملكيتها للدولة ؛ كما أنه تقوم إدارة أملاك الدولة بالتقاضي لحماية ملكية الرقبة، لأن لها صفة التقاضي أيضا.[4] كما أنه لا يسقط حق الإنتفاع الدائم المقرر لأعضاء المستثمرة الفلاحية، المستند إلى عقد رسمي، إلا بموجب الإجراءات القانونية المنصوص عليها في المرسوم رقم 51/90.[5]

2- حق المنتفع في اكتساب ثمار الشيء

نصت المادة 846 من ق.م، على أن : "ثمار الشيء المنتفع به تكون للمنتفع، بقدر مدة إنتفاعه، مع مراعاة أحكام الفقرة الثانية من المادة 839."

وعلى هذا، تكون للمنتفع ثمار الشيء المنتفع به بنسبة مدة إنتفاعه، بالحصول على ثمار الشيء، وهي ما ينتجه الشيء المنتفع به بصفة دورية دون إنقاص لأصله، سواء كانت طبيعية أو صناعية أو مدنية. فليس

---

1 - المحكمة العليا، غ.م، 1995/07/11، ملف رقم 136789، إ.ق، عدد خاص، 1999، ص 108.

2 - الجريدة الرسمية، العدد 50، الصادرة بتاريخ 1987/12/09.

3 - الجريدة الرسمية، العدد 52، الصادرة بتاريخ 1990/12/02.

4 - المحكمة العليا، غ.ع، 2013/01/10، ملف رقم 753048، م.م.ع، 2014، العدد 1، ص 343 ؛ 2000/04/26، ملف رقم 195240، غير منشور ؛ 2000/04/26، ملف رقم 194631 ؛ غير منشور.

5 - المحكمة العليا، غ.ع، 2005/01/19، ملف رقم 294044 ؛ غير منشور.
راجع الإستزادة بن يوسف رقية، شرح قانون المستثمرات الفلاحية، دوات، الجزائر، 2001 ؛ ولنفس الكاتبة، الطبيعة القانونية للمستثمرة الفلاحية الجماعية في ظل القانون رقم 19/87 المؤرخ في 1987/12/08، الإجتهاد القضائي للغرفة العقارية للمحكمة العليا، م.م.ع، عدد خاص، ج1، 2004، ص 63.

للمنتفع أحقية في الحصول على المنتجات، لأنها تقتطع من أصل الشيء، مما يعد تصرفا ماديا، وهو ما يخرج عن نطاق سلطات المنتفع.[1]

وللمنتفع الذي قدم الكفالة، الحق أن يستعمل الأشياء القابلة للإستهلاك وأن يقوم باستغلالها، كالنقود والغلال والسوائل مثلا.... ولكن بشرط أن يرد مثلها في المقدار والنوع والقيمة، أو يرد بدلها عند إنتهاء حق الإنتفاع؛ وله نتاج المواشي بعد أن يعوض منها ما نفق من الأصل بسبب حادث مفاجئ أو قوة قاهرة.[2]

فإن الثمار من حق المنتفع، وفقا للمادة 846 من ق.م؛ غير أن ما يتولد عن الشيء المنتفع به من منتجات فهي من حق مالك الرقبة طبقا للمادة 676 من ق.م؛ كما لو كان المال المنتفع به أسهما في شركة مثلا، فإن وزعت هذه الشركة جزءا من إحتياطاتها على المساهمين، أو وزعت عليهم سندات إضافية إشترتها من رأس المال، فإن هذا الجزء هو جزء من رأس المال، وليس جزءا من الريع، ومن ثم فهو حق خالص لمالك الرقبة وليس للمنتفع.

3- سلطات المنتفع على الشيء

إن سلطة التصرف في حق الإنتفاع كما أشرنا تبقى لمالك الرقبة، لأن فاقد الشيء لا يعطيه؛ ومن ثم، تبقى جميع تصرفات المنتفع مقيدة بمدة حق الإنتفاع المحددة في السند المنشئ.

فلا يجوز للمنتفع أن يتصرف في الرقبة، بل يمكنه أن يتصرف في **حدود ما له من سلطات فقط**: كالقيام بأعمال الإدارة اللازمة المعتادة لإدارة العين المنتفع بها بما يتفق مع طبيعتها، وفي الحدود التي تمكنه من ممارسة حقه في الإنتفاع؛ وكذا مباشرة الدعاوى المتعلقة بحق الإنتفاع نفسه (كدعوى المطالبة بالشيء المنتفع به، ودعوى الحيازة لحماية حيازة هذا الشيء، ودعوى تعيين الحدود والقسمة وغيرها...).[3]

---

[1] - من المقرر قانونا أن: ثمار الشيء المنتفع به تكون للمنتفع، بقدر مدة إنتفاعه، وفقا للمادة 846 من ق.م. راجع **المحكمة العليا**، غ.م، 1998/12/08، ملف رقم 187291؛ 1995/07/11، ملف رقم 136789، م.ق، 1999.

[2] - المادة 2/851 من ق.م.

[3] - Voir Gelot B, La libre disposition de l'usufruit par le nu- propriétaire, Principe et applications, Defrénois, 1997, p. 964 et s.

فللمنتفع مثلا أن يؤجر الشيء والحصول على أجرته، لأن الأجرة هي من الثمار المدنية للشيء، ومن حق المنتفع إستغلال الشيء والإنتفاع بثماره كما ذكرنا بقدر مدة إنتفاعه.[1] وعلى كل يسقط هذا الحق بموته حتى قبل انقضاء الأجل المعين، فإذا لم يعين أجل عد مقررا لحياة المنتفع (م 852 من ق.م).[2]

ب- إلتزامات المنتفع

إلتزامات المنتفع في القانون المدني الجزائري تتمثل أساسا : في أن يحافظ على الشيء المنتفع به، وأن يبذل من العناية في حفظه ما يبذله الشخص المعتاد في المحافظة عليه، وكذا المسؤولية عن هلاكه إذا حصل بتقصير أو تعد منه، لرده عند إنتهاء الإنتفاع بنفس حالته الأصلية التي تسلمه به ؛ وضرورة استعماله بحسب طبيعته وفقا لما أعد له، وأن يديره إدارة حسنة، والإلتزام بنفقات صيانته وبالتكاليف المعتادة، سواء كان عقارا أو منقولا ؛ وجرد المنقول وتقديم كفالة به[3] وتفصيل ذلك بصورة موجزة فيما يلي :

1- الإنتفاع بالشيء بحسب ما أعد له

نصت المادة 847 من ق.م، في فقرتها الأولى، بأنه : "**على المنتفع أن يستعمل الشيء بحالته التي تسلمه بها، وبحسب ما أعد له، وأن يديره إدارة حسنة**".

ومن ثم، يلتزم المنتفع باستعمال الشيء بحالته التي تسلمه بها، وبحسب ما أعد له دون تغيير، وألا يخرج عن الغاية التي أعد لها (L'obligation de conserver la substance la chose)[4]؛ فلا يجوز له مثلا تحويل المسكن إلى محل تجاري أو إلى مخزن للبضائع، أو الأرض الزراعية إلى حدائق أو إلى ملاعب رياضية أو أرض معدة للبناء.

د. ندين مشموشي، حق الإنتفاع، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006 ؛ د. محمد رشدي، أعمال التصرف وأعمال الإدارة في القانون الخاص، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1983.

[1] - المادة 29 من مرشد الحيران.

[2] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2012/06/14، ملف رقم 718274، م.م.ع، 2012، العدد2، ص 403 ؛ **نقض مدني مصري**، 1994/11/03، طعن رقم 2627، 60 ق ؛ 1987/12/03، طعن رقم 1598، س 55 ق.

[2] - **المحكمة العليا**، غ.م، 1997/11/19، م.ق، 1997، العدد2، ص55 ؛ 1991/02/18، ملف رقم 64984، م.ق، 1993، العدد1، ص 23.

[3] - **نقض مدني فرنسي**، 1، 1998/11/12، دالوز، 1999، 167، تعليق L. Aynès.

[4] - المادة 1/847 من ق.م).

وللمالك وفقا للمادة 847 في فقرتها الثانية من ق.م، أن يعترض على أي استعمال غير مشروع، إذا كان مخالفا للشروط المحددة في السند الذي أنشأ حق الإنتفاع، أو غير متفق مع طبيعة الشيء المنتفع به. فإذا أثبت أن المنتفع خالف الشروط المحددة لإستيفاء المنفعة، أو أن حقوقه في خطر جاز له أن يطالب بتقديم تأمينات، فإن لم يقدمها المنتفع، فللقاضي أن ينزع العين المنتفع بها من تحت يده، وأن يسلمها إلى الغير ليتولى إدارتها، بل له تبعا لخطورة الحال أن يقرر إنهاء حق الإنتفاع ورد الشيء دون إخلال بحقوق الغير.[1]

فإنه يحق لمالك الرقبة أن يطلب من المحكمة المختصة إنهاء حق الإنتفاع في حالة الإستعمال غير المشروع، المخالف للنظام العام والآداب للعقار محل الإنتفاع، أو غير المتفق مع طبيعة العقار المنتفع به (م 847 و852 من ق.م).[2]

2- إدارة الشيء إدارة حسنة

يجب على المنتفع وفقا لأحكام المادة 847 من ق.م، فيما يقوم به من استعمال واستغلال للشيء المنتفع به، أن يديره إدارة حسنة، بأن يبذل في المحافظة عليه عناية الرجل المعتاد في المحافظة على الشيء طبقا لمقتضيات المادة 849 من ق.م ؛ سواء حصل على حق الإنتفاع بعوض أو بغير عوض. ومن ثم، يجب على المنتفع أن يقوم بالأعمال الضرورية اللازمة التي يقتضيها الإنتفاع العادي، من صيانة وترميمات للمحافظة على الشيء المنتفع به، وتحمل نفقات ذلك، بما يؤدي لبقائه في حالة جيدة.[3]

ومن هذا المنطلق، يجب على المنتفع ألا يحدث تلفا أو تخريبا في الشيء محل حق الإنتفاع، أو يقوم بنزع أجزاء منه، أو تركه أو إهماله من غير صيانة، مما من شأنه الإضرار بالشيء المنتفع به.

فإذا هلك الشيء أو أتلف نتيجة تعدي أو تقصير المنتفع في حفظ الشيء أثناء مدة الإنتفاع، كان مسؤولا عن تعويض المالك ؛ وعلى هذا

---

[1] - المادة 2/847 من ق.م.

[2] - المحكمة العليا، غ.ع، 2012/06/14، ملف رقم 718274، مذكور سابقا ؛ 2002/06/28، ملف رقم 228461، م.ق، 2002، عدد2، ص401.

[3] - د. عبد المنعم الصدة، الحقوق العينية الأصلية، ص 906.

الأخير إقامة الدليل القانوني أنه لم يبذل القدر الواجب من العناية المطلوبة في المحافظة على الشيء، بأن يثبت خطأ المنتفع بإنحرافه عن السلوك المألوف، كإتلاف الشيء بتعديه أو تقصيره، أو هلاك الشيء في يده، أو تأخره في رده إلى مالكه بعد إنتهاء مدة الإنتفاع.[1] أما إن حدث ذلك بدون تعد أو تقصير منه فلا ضمان عليه، لأن حكمه حكم الأمين والأمين لا يضمن مالا يد له فيه.[2]

3- صيانة الشيء وحفظه وتحمل التكاليف المعتادة

يلتزم المنتفع أثناء انتفاعه وفقا للمادة 1/848 من ق.م، **بكل ما يفرض على العين المنتفع بها من التكاليف المعتادة** الناشئة عن الإستخدام المعتاد العادي للشيء، وبكل النفقات التي تقتضيها أعمال حفظ الشيء وصيانته الضرورية (L'obligation d'entretenir la chose) : كأعمال السباكة البسيطة، وإصلاح الأبواب والنوافذ التي يحتويها السكن ؛ بما فيها تكاليف إدارة الشيء المنتفع به، وكذا الضرائب والرسوم المقررة على الشيء، لأنها لازمة للإنتفاع بالشيء والحصول على ثماره.[3]

أما التكاليف غير المعتادة والإصلاحات الجسيمة للعين المنتفع بها، التي لم تنشأ عن خطأ المنتفع، يتحمل مالك الرقبة نفقاتها دون جبر عليه، وفقا للمادة 2/848 من ق.م ؛ كإعادة البناء المتهدم، كتقوية أساسات البناء، أو إصلاح الجدران الرئيسية أو الأعمدة أو الأسقف، أو شق الترع والفنوات، أو الضرائب الإستثنائية ؛ مع مراعاة ما تم الإتفاق عليه بين المنتفع ومالك الرقبة، فإن ما تم الإتفاق هو الذي ينفذ دائما.[4]

---

[1] - أنظر المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، المادة 1209 و1210.

[2] - د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج9، ص 1254.

[3] - فإن المنتفع ملزم قانونا بالنفقات التي تقتضيها حفظ العين المنتفع بها وأعمال الصيانة.
Voir Courbe (p), L'entretien de la chose soumise à l'usufruit, JCP, 1982, 1, 3070.
القاعدة في هذا الشأن: أن المنتفع يلتزم بالتكاليف المعتادة طوال مدة الإنتفاع (وهي تؤخذ من الثمار)، أما التكاليف غير المعتادة فيتحملها مالك الرقبة (وهي تؤخذ من رأس المال).

[4] - المادة 31 من مرشد الحيران، و83 و87 من مجلة الأحكام العدلية، و2/848 مدني جزائري، و2/1210 مدني اردني، و988 و989 مدني مصري، و948 و949 مدني سوري، و1254 و1255 مدني عراقي.

ومن ثم، إذ كان المنتفع قد أجرى في العين المنتفع بها بعض التحسينات برضا مالك الرقبة ؛ فإن هذا الأخير يلتزم قانونا بأن يعوض المنتفع. أما إذا كانت هذه التحسينات قد تمت بدون إذن المالك، فإن صاحب حق الإنتفاع لا يستحق عليها أية تعويضات.

ومن جهة أخرى، على المنتفع وفقا للمادة 850 من ق.م، أن يبادر بإخطار المالك إذا احتاج الشيء المنتفع به إلى إصلاحات جسيمة، وعليه إخطاره أيضا إذا احتاج الشيء إلى إجراء يقيه من خطر لم يكن منظورا (كالسيل والفيضان ونحوهما) ؛ وكذلك إذا استمسك أجنبي بحق يدعيه على الشيء المنتفع به نفسه. فإذا كان المنتفع هو الذي قام بالإنفاق على إعادة البناء وإصلاحه، كان له الرجوع بها على مالك الرقبة عند إنتهاء حق الإنتفاع بدون فوائده.

4- رد الشيء عند إنتهاء الإنتفاع

يلتزم المنتفع برد الشيء المنتفع به إلى مالك الرقبة عند إنتهاء مدة الانتفاع، دون حاجة إلى إعذار، بنفس حالته الأصلية التي تسلمه بها ؛ ويرجع ذلك إلى طبيعة حق الإنتفاع باعتباره حقا مؤقتا. فإن الإنتفاع ينتهي حتما بوفاة المنتفع ولو قبل حلول الأجل، في حين أن الإلتزام القانوني المفترض بالرد لا ينتهي إلا بإنقضاء الأجل المحدد له.[1]

وللتحقق من مدى تنفيذ هذا الإلتزام من طرف المنتفع يرجع إلى محضر الجرد للمنقولات المنتفع بها، إذا كان الإنتفاع واردا على منقول تم جرده ؛ وتقديم كفالة به وقت إبرام الإتفاق لضمان وفاء المنتفع بإلتزاماته إذا ما ضاع المنقول أو تلف أو لحق به ضرر.[2] والغرض من هذان الإلتزامان قبل بدء الإنتفاع، هو تعيين طبيعة المنقول ومقداره وتقويمه وتحديد قيمته،

ولا مانع قانونا من الإتفاق على أن يتحمل مالك الرقبة التكاليف غير المعتادة، وكذا التكاليف المعتادة أو بعضها. أنظر د. **محمد منصور**، الحقوق العينية الأصلية، ص 228 ؛ د. **نبيل سعد**، الحقوق العينية الأصلية، ص 204 ؛ د. **علي العبيدي**، الحقوق العينية، ص 202.

[1] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2012/06/14، ملف رقم 718274، المشار إليه سابقا ؛ **نقض مدني مصري**، 1994/11/03، طعن رقم 2627، مذكور سابقا.

[2] - يجوز للمنتفع أن يقدم عوضا عن الكفيل تأمينا عينيا كافيا، كما يجوز إعفاء المنتفع من تقديم الكفالة صراحة في سند إنشاء حق الإنتفاع أو ضمنا، مما يستفاد من مضمون السند أو من ظروف الحال.

وكذا ضمان الوفاء بالتعويض الذي يستحق لمالك الرقبة عند ضياع المنقول أو تلفه أو إعسار المنتفع (م 851 من ق.م).[1]

ومن ثم، ويكون المنتفع مسؤولا عن كل ما يصيب العين المنتفع بها من ضرر، متى كان ذلك بفعله أو تقصيره (L'usufruitier doit restituer la chose et, (éventuellement, à l'issue d'un règlement de comptes, indemniser le nu-propriétaire.

كما أنه يسأل عن هلاك الشيء أو تلفه، ولو بسبب أجنبي، إذا كان قد تأخر عن رده إلى مالك الرقبة بعد نهاية الانتفاع، فتقع عليه تبعة الهلاك لهلاك الشيء في يده (م 853 من ق.م)؛[2] لأنه عندئذ يعتبر في حكم الغاصب.[3]

فإذا مات المنتفع بالمنقولات التي لا تستهلك بالإنتفاع قبل أن يردها لصاحبها، يجب عليه ضمان مثلها أو قيمتها؛ فيكون الضمان بعد وفاته في تركته.[4]

وجدير بالتنويه ههنا، أن مصير ما قد يحدثه المنتفع في العقار المنتفع به، من البناء أو الغراس خلال مدة الإنتفاع، يتوقف على حسن أو سوء نية المنتفع؛ وتطبق عليها قانونا الأحكام الخاصة بالإلتصاق (م 783 و784 و785 و786 من ق.م).[5] فإذا كان المنتفع قد أقامها بترخيص من مالك الرقبة، فإنه يعامل معاملة من يحدث بناء أو غراس في أرض الغير بحسن نية؛ وأما إذا كان قد اقامها دون ترخيص من المالك، فإنه يعامل معاملة من يحدث المنشآت والأغراس في أرض الغير بسو نية.[6]

1- وهذا عندما يكون المال المنتفع به منقولا.

2- نقض مدني فرنسي، 1900/12/10، دالوز الدوري، 1901، 1، 209 : 1825/06/27، سيري، 1825، 1، 142.

3- المادة 34 من مرشد الحيران.

4- المادة 22 و23 من مرشد الحيران، و851 مدني جزائري، وتقابلها 1214 مدني أردني، و1343 مدني إماراتي، و1/922 مدني مصري، و587 مدني فرنسي.

5- أنظر المادة 882 من مجلة الأحكام العدلية، 1139 و1141 مدني أردني، 1118 مدني عراقي، 923 و924 و925 و926 مدني مصري، و214 و217 ملكية عقارية لبناني. وراجع سابقا موضوع الإلتصاق كسبب من أسباب كسب الملكية.

6- المحكمة العليا، غ.ع، 2007/06/20، ملف رقم 272909، م.م.ع، 2010، العدد2، ص 189 : 2001/02/29، ملف رقم 207261، م.ق، 2001، العدد2، ص 269 ؛ 1988/10/26، ملف رقم 48167، م.ق، 1990، العدد3، ص 23 ؛ 1989/12/13، ملف رقم 56099، م.ق، 1993، العدد2، ص 18

الفرع الرابع
إنتهاء حق الإنتفاع

حق الإنتفاع هو حق عيني مؤقت كما ذكرنا، ومن ثم فهو ينتهي في القانون المدني الجزائري بأحد الأسباب القانونية التالية (Extinction de l'usufruit) :

أ- ينتهي حق الانتفاع بحلول الأجل المحدد له (L'expiration de la durée fixée par la convention) ؛ وفقا لأحكام المادة 852 من ق.م.[1]

ويلزم المنتفع عندئذ برد الشيء المنتفع به إلى مالك الرقبة، في نهاية هذا الأجل المحدد المتفق عليه، على أن يكون بحالة صالحة للإنتفاع به (م 849 من ق.م).[2] ولا يؤثر إنقضاء حق الإنتفاع على حقوق الغير المقررة عليه، بل تبقى هذه الحقوق قائمة على حق الإنتفاع، ولا تمتد إلى الرقبة ؛ ويظل حق الإنتفاع المقرر للشخص الإعتباري طوال بقائه، وينقضي بإنحلاله قانونا.[3]

كما أنه ينتهي حق الإنتفاع **بتنازل المنتفع والتخلي عن حقه** بإرادته المنفردة، دون نقله إلى شخص آخر ؛ وكذا **بصدور حكم قضائي المحكمة المختصة نتيجة لسوء الاستعمال** (إذا خالف صاحب الإنتفاع الشروط والإلتزامات الملقاة على عاتقه، خلال مدة إنتفاعه، بمقتضى السند المنشئ لهذا الحق).

كما أنه ينتهي باتحاد الذمة، أي **باتحاد صفتي المالك والمنتفع** في شخص واحد (La réunion des qualités d'usufruitier et de nu-propriétaire)، في الحالات التي تؤول ملكية الرقبة إلى المنتفع بسبب من الأسباب (كالإرث والوصية والهبة والشفعة...).

---

[6]- نقض مدني فرنسي، 1، 1964/12/01، مجموعة دالوز، 1965، 473 ؛ نقض مدني مصري، 1969/06/19، م.أ.ن، س 20، ص 1002 ؛ تمييز مدني أردني، 1993/03/20، رقم 93/70، م.ن.م، 1994، ص 165 ؛ ملف رقم 99/2534، 2002، ص 792.

[1] - وطبقا للمادة 619 من ق.م.ف، فإن أقصى مدة للإنتفاع عند الإتفاق هي 20 سنة.

[2] - المادة 852 مدني جزائري، وتقابلها 1/993 مدني مصري، و1215 مدني أردني، و1344 مدني إماراتي، و618 وما بعدها مدني فرنسي.

[3] - أنظر د. **محمد منصور**، الحقوق العينية الأصلية، ص 230 وما بعدها.

ت- فإذا لم يعين أجل في السند الذي أنشأ الحق، عد حق الإنتفاع مقررا لحياة المنتفع (L'usufruit est généralement viager)، وهو ينتهي بأي حال، طبقا للمادة 852 من ق.م، بموت المنتفع حتى قبل إنقضاء الأجل المحدد (mort de l'usufruitier)، إذا لم ينص القانون على غير ذلك.[1]

فقد نصت المادة 852 من ق.م على أنه : "**ينتهي حق الإنتفاع بانقضاء الأجل المعين، فإن لم يعين أجل عد مقررا لحياة المنتفع ؛ وهو ينتهي على أي حال بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الأجل المعين.** فإذا كانت الأرض المنتفع بها مشغولة عند انقضاء الأجل أو عند موت المنتفع بزرع قائم، أبقيت للمنتفع أو لورثته إلى حين إدراك الزرع، بشرط أن يدفعوا أجرة إيجار الأرض عن هذه الفترة من الزمن".

وعلى هذا، إذا كانت الأرض الفلاحية المنتفع بها بزرع قائم، بعد إنقضاء الأجل المعين المتفق عليه، أو موت المنتفع، تركت للمنتفع أو لورثته إلى حين إدراك الزرع، مقابل أجرة عن هذه الفترة من الزمن.

ث- كما أنه يسقط حق الإنتفاع وفقا للمادة 854 من ق.م، **بعدم الإستعمال لمدة خمس عشرة سنة**، بحسب ما أعد له وبالإدارة الحسنة (Le non-usage). ومن ثم، فلا تسمع دعوى المطالبة بحق الإنتفاع بمرور الزمان إذا انقضت على عدم استعماله مدة خمس عشرة سنة ؛[2] مما يترتب عليه أن يستجمع المالك كل سلطات الملكية.[3] وهذا التقادم المسقط يرد على كل الحقوق العينية التي تتفرع عن الملكية، غير أن حق الملكية ذاته لا يسقط بعدم الإستعمال كما رأينا.[4]

وينتهي حق الإنتفاع أيضا، وفقا لأحكام المادة 853 من ق.م، بهلاك الشيء المنتفع به، بلا تعد أو تقصير من الغير، أو تعيبه بعيب يتعذر معه إستيفاء المنفعة المتفق

---

[1] - المادة 1/852 من ق.م.

[2] - فقد قضت المحكمة العليا في أحد قراراتها بأنه :"من المقرر قانونا، أن حق الإنتفاع ينتهي بعدم إستعماله لمدة تزيد على عشر سنوات، مما يؤدي إلى سقوط هذا الحق ؛ ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير سديد، مما يستوجب معه رفض الطعن."
راجع المحكمة العليا، غ.م، 1988/12/21، ملف رقم 48589، غير منشور.

[3] - المادة 854 من ق.م.

[4] - راجع سابقا خصائص حق الملكية.

عليها (La perte totale de la chose)[1]؛ كأن تنهدم الدار المنتفع بها كليا، أو صارت الأرض الفلاحية محل الإنتفاع سبخا لا يمكن زراعتها، إنتهى حق الإنتفاع لهلاك العين المنتفع بها.

وفي هذا، نصت المادة 853 من ق.م صراحة، على أنه: "ينتهي حق الإنتفاع بهلاك الشيء، إلا أنه ينتقل من الشيء الهالك إلى ما قد يقبل قيمته؛ وإذا لم يكن الهلاك راجعا إلى خطأ المالك فلا يجبر المالك على إعادة الشيء إلى أصله، ولكنه إذا أعاده رجع حق الإنتفاع إلى المنتفع إذا لم يكن الهلاك بسببه، وفي هذه الحالة تطبق الفقرة الثانية من المادة 848".

الفرع الخامس

مقارنة بين حق الإنتفاع وحق المستأجر

لا يجب الخلط في هذا الخصوص، بين حق المنتفع وحق المستأجر: فهما يتفقان في أن كلا منهما يخول لصاحبه الإنتفاع بشيء مملوك للغير، وكلاهما حق مؤقت لمدة معينة لقاء مبلغ من المال؛ غير أنهما يفترقان في عدة أمور مهة نذكر منها على الخصوص ما يلي:

أ- حق المنتفع يدخل ضمن الحقوق العينية الأصلية (م 844-854 من ق.م)، وأما حق المستأجر فهو يدخل ضمن أحكام العقود المدنية المسماة (م467-507 مكررا1 من ق.م).

ب- حق المنتفع هو حق عيني أصلي يتفرع عن حق الملكية، يخول لصاحبه سلطة مباشرة على الشيء المنتفع باستعماله واستغلاله دون وساطة من مالك الرقبة، كما يكون له ميزتي التقدم والتتبع؛ أما حق المستأجر فهو حق شخصي لمصلحة المستأجر وفقا للإلتزامات العقدية المتبادلة بينهما.[2] فالمستأجر دائن للمؤجر؛ لا يستطيع الإنتفاع بالعين المؤجرة إلا بواسطة المؤجر، الذي يلتزم بتمكين المستأجر من الإنتفاع بالعين.[3]

---

[1] - المادة 853 من ق.م.

[2] - الإيجار تمليك المؤجر للمستأجر منفعة مقصودة، من الشيء المؤجر لمدة معينة، لقاء عوض معلوم.

[3] - المادة 467 من ق.م المعدلة بالقانون رقم 05/07 المؤرخ في 2007/05/13؛ راجع د. محمدي فريدة، التوازن في العلاقات الإيجارية طبقا للمرسوم رقم 03/93، المجلة الجزائرية، جامعة الجزائر، 2000، الجزء 42، العدد2.

ت- إن حق الإنتفاع إذا ورد على عقار يعد مالا عقاريا، يستوجب التسجيل في السجل العقاري ؛ في حين أن حق المستأجر هو مال منقول (ولو كان واردا على عقار)، لا يلزم شهره إلا إستثناء في الأحوال المنصوص عليها قانونا. وإن كانت المادة 467 مكرر من ق.م المضافة بالقانون رقم 05/07 المؤرخ في 2007/05/13 نصت صراحة على أنه : ينعقد الإيجار كتابة، ويكون له تاريخ ثابت، وإلا كان باطلا ؛ غير أنه يجوز تحرير عقود الإيجار الفلاحية في شكل عقود عرفية (م 2/53 من القانون رقم 25/90 المؤرخ في 1990/11/18 المتضمن التوجيه العقاري، المعدل بالأمر رقم 26/95 المؤرخ في 1995/12/25).[1]

ث- **حق الإنتفاع هو حق مؤقت محدود بحياة المنتفع**، ينتهي بموت المنتفع، حتى قبل إنقضاء الأجل المعين (م 852 من ق.م) ؛ أما حق المستأجر فهو حق مرتبط بالأجل المحدد في عقد الإيجار ؛ أي بزمن معين ينتهي بانتهاء مدة الإجارة بقوة القانون طبقا للمادة 469 من ق.م المعدلة بالقانون رقم 05/07.

غير أنه لا ينتهي عقد الإيجار بالضرورة بوفاة المستأجر، بل ينتقل إلى ورثته العائشين معه منذ أكثر من ستة أشهر قبل وفاته، الذين يستفيدون من حق البقاء في الأمكنة (م 12 من المرسوم رقم 147/76 المنظم للعلاقات بين المؤجر والمستأجر) ؛ ويعد حفدة المستأجر المتوفى، العائشون معه من أكثر من ستة أشهر قبل وفاته، من أعضاء عائلته ويستفيدون من حق البقاء في الأمكنة.[2]

"**من المقرر قانونا أن حق المستأجر بطبيعته حق شخصي**، يجعل المستأجر دائنا للمؤجر بالإنتفاع بالعين المؤجرة المقصودة، لمدة محددة لقاء أجر معلوم. ومن ثم، ينتهي الإيجار بإنتهاء المدة المعينة في العقد، دون حاجة لأي تنبيه بالإخلاء، ما عدا ما نصت عليه أحكام القانون المدني."
أنظر **المحكمة العليا**، غ.م، 1991/06/12، ملف رقم 72558، م.ق، 1995، العدد 1، ص 93 ؛ **نقض مدني مصري**، 2009/04/28، كعن رقم 4741، لسنة 71 ق، 1991/05/23، م.أ.ن، س 42، ص 1181.

[1] - "**من القرر قانونا، أنه يمكن إفراغ عقد الإيجار الزراعي في عقد عرفي، وفقا لأحكام المادة 53 من القانون رقم 25/90.**"
أنظر **المحكمة العليا**، غ.ع، 2011/02/10، ملف رقم 656494، م.م.ع، 2011، العدد1، ص 157 ؛ 2004/02/13، ملف رقم 258049، غير منشور ؛ 2002/07/17، ملف رقم 233101، م.م.ع، 2004، العدد2، ص 503.

[2] - المادة 469 مكرر من ق.م، المضافة بالقانون رقم 05/07 المؤرخ في 2007/05/13 ؛ والمادة 12 من المرسوم رقم 147/76.

ج- حق المنتفع يكتسب بأحد أسباب كسب الحقوق العينية عدا الميراث، أما حق المستأجر فمصدره هو العقد المبرم بين المستأجر والمؤجر.

د- حق الإنتفاع قد يكون بعوض أو بغير عوض، أما حق المستأجر فلا يكون إلا بعوض. فإن المستأجر في عقد الإيجار (Le Bail) يملك منفعة العين المؤجرة بمقابل خلال مدة الإجارة، وفقا للشروط المنصوص عليها في العقد. ويجوز أن تكون الإجارة مفضية للتمليك (Location-vente)، وهو البيع بصيغة الإيجار، وفقا لإرادة الأفراد وقصدهما التعاقدي[1].

وقد قضت المحكمة العليا في إجتهاداتها المشهورة التي استقرت عليها، بأنه : **يثبت حق الشفعة لصاحب حق الإنتفاع المتفرع عن حق الملكية، إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها، وفقا لأحكام المادة 795 ق.م**[2]؛ في حين **لا يثبت هذا الحق للمستأجر باعتباره شاغلا عرضيا للأمكنة**[3].

وبالإضافة إلى هذا، فإن حق الإنتفاع يسمح لصاحبه باستعمال الشيء المنتفع به، مثله مثل المالك على أن يحافظ عليه، وفقا لما يبذله الشخص العادي (م 847 و849 من ق.م) ؛ وهو يختلف عن حق الإيجار في

" من المقرر قانونا أن عقد الإيجار لا ينتهي بوفاة أحد الطرفين، وينتقل إلى الورثة تلقائيا".
راجع المحكمة العليا، غ.ع، 2014/12/13، ملف رقم 873221، م.م.ع، 2014، العدد1، ص 370 ؛ غ.ت.ب، 1985/05/04، ملف رقم 32597، م.ق، 1989، العدد2، ص101 ؛ غ.م، 1990/09/24، ملف رقم 62624، م.ق، 1992، العدد2، ص 24 ؛ 1987/05/06، ملف رقم 40944، م.ق، 1991، العدد 3، ص 15 ؛ غ.إ.ج، 1988/02/22، ملف رقم 45082، م.ق، 1991، العدد3، ص 118.

[1] - وهو عقد مركب أو مختلط، فهو عقد الإيجار لغرض التمليك ؛ أي عملية بيع في شكل إيجار، أي في الحقيقة عملية بيع بالتقسيط، حيث يشترط تعليق نقل الملكية حتى يؤدي المشتري جميع الثمن، بأن يدفع كل الأقساط المقررة.

راجع د. محمد المنيعي، الإجارة المنتهية بالتمليك، مجلة العدل، الرياض، العدد 13 ؛ د. نزيه حماد، العقود المركبة في الفقه الإسلامي، دار القلم، دمشق، 2005، ص 33 وما بعدها.

[2] -"من المقرر قانونا، أن المستفيدين من حق الشفعة محددون في المادة 795 ق.م على سبيل الحصر، ومن بينهم مالك حق الإنتفاع ؛ ومن ثم أخطأ قضاة الموضوع لما اعتبروا المستأجر منتفعا، وخلطوا بين الإنتفاع على وجه الإيجار وبين حق الإنتفاع المتفرع عن حق الملكية"....
راجع المحكمة العليا، غ.ع، 2000/04/26، ملف رقم 193704، م.م.ع، 2004، عدد خاص، ج1، ص 255.

[3] - " من المقرر قانونا أنه لا يحق للمستأجر باعتباره شاغلا عرضيا، إنشاء حق إرتفاق مرور في ملك الغير (م 868 من ق.م)".
أنظر المحكمة العليا، غ.ع، 2000/04/26، ملف رقم 198458، م.ق، 2000، العدد2، ص163 ؛ غ.ع، 2011/04/14، ملف رقم 649966، م.م.ع، 2011، العدد1، ص 153.

مداه وحدوده ومدته. ولما اعتبر قضاة المجلس أن حق الإيجار هو حق الإنتفاع، وأقروا للمستأجر حق الشفعة، فإنهم قد أخطأوا في تطبيق القانون، وعرضوا قرارهم للنقض والإبطال.[1]

المطلب الثاني

حق الإرتفاق

(Le Droit de servitude)

نظم القانون المدني الجزائري حق الإرتفاق في المواد من 867 إلى 881 منه، كما أنه أشار لبعض أنواعها ضمن القيود التي تلحق حق الملكية، ومنها : القيود المقررة لصالح الجيران (م 691 و703 و707 إلى 711 من ق.م)، والحق في الإنتفاع بموارد المياه واستعمالها واستغلالها (م 692 من ق.م)، وحق المرور (م 693 إلى 702 من ق.م).

ونعرض في هذا المطلب لماهية حق الإرتفاق، وبيان خصائصه، ثم نتناول شروط وجوده، وأنواعه، وأسباب كسبه، ونعالج حقوق الإرتفاق القانونية ؛ وأخيرا نوضح كيفية إنقضاء هذا الحق، وذلك كما يلي :

الفرع الأول : ماهية حق الإرتفاق.

الفرع الثاني : أسباب كسب حق الإرتفاق.

الفرع الثالث : حقوق الإرتفاق القانونية.

الفرع الرابع : إنقضاء حق الإرتفاق.

---

[1]- **" إن المستفيدين من حق الشفعة محددون في المادة 795 من ق.م.ج على سبيل الحصر، ومن بينهم صاحب حق الإنتفاع.** ومن ثم، أخطأ قضاة الموضوع لما اعتبروا المستأجر منتفعا، وخلطوا بين الإنتفاع على وجه الإيجار وبين الإنتفاع المتفرع عن حق الملكية، فجاء قرارهم مشوبا بسوء تطبيق القانون وانعدام الأساس القانوني ؛ مما يستوجب معه نقض القرار المطعون فيه...".
راجع **المحكمة العليا**، غ.ع، 2002/06/18، ملف رقم 231632، إ.ق.غ.ع، عدد خاص، 2004، ج1، ص265 ؛ 2000/04/26، ملف رقم 193704، إ.ق.غ.ع، عدد خاص، 2004، ج1، ص255 ؛ تعليق أ. **بوتارن فايزة**، المرجع نفسه، ص 260 ؛ غ.م، 2000/04/26، ملف رقم 198458، المشار إليه ؛ 1998/03/25، ملف رقم 179132، م.ق، 1998، عدد1، ص88 ؛ 1997/11/19، ملف رقم 150100، م.ق، 1997، عدد2، ص55.

الفرع الأول

ماهية حق الإرتفاق

نتطرق فيما يلي : لتعريف حق الإرتفاق، وخصائصه، وشروط قيامه، ثم نعرض لأنواع حقوق الإرتفاق بصورة موجزة.

1- تعريف حق الإرتفاق

الإرتفاق في اللغة : بمعنى الإتكاء على مرفق اليد، ويطلق على ما يستعان به، أي ما يسهل الإنتفاع بالأمر ؛ ومنه قوله تعالى : **"ويهيء لكم من أمركم مرفقا"**[1]، أي يسهل عليكم أمركم باليسر والرفق ؛ وكذا قوله سبحانه : **"وساءت مرتفقا"**[2]، أي ساءت النار متكئا لهم.

أما في الإصطلاح الفني القانوني : فإن حق الإرتفاق **هو الحق المجرد المقرر على عقار معين** (يسمى العقار الخادم أو المرتفق)، **لفائدة عقار آخر** (يقال له العقار المخدوم أو المرتفق به) **يملكه شخص آخر** : فهو حق ينشأ علاقة بين عقارين مملوكين لشخصين مختلفين، يكون بمقتضاها تحميل أحدهما بعبء عيني إستثنائي، لتحقيق منفعة عينية للعقار الآخر، بقطع النظر عن شخص المالك.

فإن حق الإرتفاق وفقا للمادة 867 من ق.م، **هو حق عيني أصلي يخول لصاحب العقار المرتفق سلطة مباشرة على العقار المرتفق به**، فهو لا يرد إلا على عقار ليحد من منفعته لمصلحة عقار غيره مملوك لشخص آخر ؛ ولذلك فهو دائما حق عقاري، يدوم بدوام العقارين المرتفق والمرتفق به ولا ينفصل عنهما، لمنفعة عقار معين على عقار آخر يتحمل عبء المنفعة أو الإرتفاق[3].

ومن ثم **يستلزم وجود عقارين مملوكين لشخصين مختلفين**، وينشأ حق الإرتفاق عن الموقع الطبيعي للأمكنة، أو يكتسب بعقد، أو بالميراث، أو

---

[1] - سورة الكهف، الآية 16.

[2] - سورة الكهف، الآية 29.

[3] - وتقابلها المادة 690 مدني فرنسي، و1016 مدني مصري، و1272 مدني أردني، و1363 مدني إماراتي

حتى بالتقادم بالنسبة للإرتفاقات الظاهرة التي تدل عليها علامات خارجية تبعا لظروف الواقع بما فيها حق المرور طبقا للمادة 868 و869 من ق.م.

ويختلف حق الإرتفاق عن القيود القانونية الواردة على حق الملكية، باعتباره قيدا إستثنائيا تقرر بالإتفاق على عقار لمنفعة عقار آخر، أي بفعل التصرفات القانونية للأفراد لمعالجة مصالح خاصة بعقار معين.[1] في حين أن القيود القانونية لحق الملكية تعتبر حدودا عامة لكل ملكية، ينبغي للمالك مراعاتها في استعمال حق الملكية وفقا لما تقتضى به القوانين والمراسيم واللوائح والقرارات المتعلقة بالمصلحة العامة للمجتمع أو المصلحة الخاصة لصالح الأفراد[2].

2- خصائص حق الإرتفاق

يتضح لنا من التعريف السابق، أن حق الإرتفاق يتميز بالخصائص القانونية التالية (Caractèrs des servitudes) :

أ- **حق عيني عقاري** (Caractère immobilier) : أي أنه لا يرد وفقا للمادة 867 من ق.م وما بعدها، إلا على عقار ليحد من منفعته لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر[3]؛

فهو حق تابع يتبع العقار المرتفق المخدوم ولا ينفصل عنه (Caractère accessoire)،[4] وكل تصرف يرد على هذا العقار يشمله باعتباره من ملحقاته، فينتقل مع العقار إلى من تنتقل إليه ملكية العقار.[5] فلصاحب حق الإرتفاق السلطة على العقار الخادم، يحتج بها في مواجهة جميع من تنتقل إليهم ملكية هذا العقار.[6]

---

[1] - فهو حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر، تابع لثبوته للعقار، متعلق بالأعيان لا بالأشخاص ؛ وهو في الفقه الإسلامي نوع من أنواع الملك الناقص، لأن صاحبه لا يملك التصرف المطلق فيه. راجع حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج3، ص 360 ؛ إبن عابدين، رد المحتار، ج5، ص 427 ؛ أ. مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج1، فقرة 130 ؛ د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، ص 63 ؛ د. فراج حسين، الملكية ونظرية العقد، ص 90.

[2] - نقض مدني مصري، 1969/02/04، نقض رقم 56،، س 30، ص 247 ؛ 1980/04/24، س 31، ص 1992 ؛ راجع سابقا القيود الواردة على حق الملكية.

[3] - حق الإرتفاق لا يكون إلا على عقار، بينما حق الإنتفاع يمكن أن يكون على عقار أو على منقول.

[4] - إستئناف أميان (Amiens)، 1953/07/08، دالوز، 1953، 760.

[5] - فلا يجوز رهن حق الإرتفاق ولا حجزه مستقلا عن العقار المرتفق، باعتباره حقا تابعا ؛ في حين أن حق الإنتفاع كما ذكرنا سابقا هو حق أصلي يجوز التصرف فيه مستقلا عن الشيء المثقل به.

[6] - Voir Weill (A),Terré (F), Simler (Ph). Les Biens,op. cit, N° 796 et 800.

ولهذا فإن حقوق الإرتفاق (Les servitudes) تزيد من قيمة الأرض المرتفقة، فإذا لم يكن للأرض مثلا طريق المرور أو مجاري الشرب والسقي...، فإنها تكون قليلة القيمة ضعيفة المنفعة.

هذا، ويختلف مضمون حق الإرتفاق باختلاف أنواعه، فهناك إرتفاق المرور، وإرتفاق المطل، وإرتفاق الشرب، وإرتفاق المجرى، وإرتفاق المسيل، وإرتفاق عدم تعلية البناء إلى ما يجاوز إرتفاعا معينا، وغيرها من أنواع حقوق الإرتفاق.

وعلى كل، فإن حق الإرتفاق من حيث المضمون ينحصر في استعمال العقار المرتفق على الوجه المحدد في سند إنشائه، وهو يتقرر دائما على عقار؛ في حين أن مضمون حق الإنتفاع هو أوسع كما رأينا حيث يتناول إستعمال الشيء المنتفع به واستغلاله، وهو مقرر لمصلحة شخص ينتفع به على هذا الأساس.[1]

ب- حق دائم (Caractère perpétuel)، يبقى ما بقي العقاران المرتفق والمرتفق به، دون نظر إلى شخص المالك أو شخص المنتفع، أي أنه مؤبد له طابع الدوام لكونه تابعا لحق الملكية الدائم، **فهو ليس حقا قائما بذاته بل هو حق تابع للعقار المرتفق بحيث لا ينفصل عنه**، لا يزول إلا بزوال العقار نفسه (م 868 و878 من ق.م).[2]

فهو بهذا المعنى حق دائم بطبيعته، أي أنه **عبء أو تكليف مفروض على العقار لا على مالكه، لا يقبل التأقيت بأجل محدد** (Le Caractère perpétuel est une conséquence et un prolongement du Caractère accessoire).[3]

ولذلك فإن حق **الإرتفاق يسقط بعدم الإستعمال**، كما أنه ينتهي إذا تغير وضع الأشياء بحيث تصبح في حالة لا يمكن فيها إستعمال هذا الحق؛[1] كما أنه يجوز لمالك العقار المنتفع أن يتخلى عنه فينتهي الحق.[2]

---

[1] - د. محمد سوار، الحقوق العينية الأصلية، ج2، فقرة 442، ص 434 و435.

[2] - في حين أن حق الإنتفاع هو حق مؤقت كما رأينا، ينتهي بانتهاء الأجل المحدود، وهو ينتهي حتما بوفاة المنتفع؛ كما في الإجارة والإعارة والوصية بالمنافع مدة حياة الموصى له..

[3] - نقض مدني فرنسي، 1919/05/05، دالوز الدوري، 1923، 1، 230.

وعلى هذا، فإنه حق عيني مرتبط بالعقار وليس بشخص صاحب العقار، ومن ثم فهو لا ينتهي بوفاة صاحب العقار المرتفق، ولا صاحب العقار المرتفق به.[3] فهو يتقرر لمنفعة عقار معين أيا كان مالك العقار؛[4] ويكتسب هذه الصفة من حق الملكية ذاته، باعتباره حقا عينيا أصليا متفرعا عن حق الملكية؛ ولأنه ضروري للإنتفاع بالعقار المرتفق؛ ويترتب على ذلك أن السند المنشئ لحق الإرتفاق يستوجب التسجيل.[5]

ت- حق يورث إلى الورثة الشرعيين، فلو توفي مالك العقار المرتفق (العقار المخدوم) إنتقل العقار بملحقاته التي منها حقوق الإرتفاق إلى الورثة؛ وهو ما أشارت إليه مقتضيات المادة 868 من ق.م من أنه **يكتسب حق الإرتفاق بالميراث**.[6]

ولا يمكن أن يورث حق الإرتفاق إلا تبعا للعقار، لأنه يتبع العقار ولا ينفصل عنه (Les servitudes se transmettent par successions)؛[7] فلا يجوز التصرف فيه مستقلا، وإنما ينتقل معه بالتبعية، دون الحاجة إلى التنصيص عليه في السند الناقل للملكية.[8]

ث- **حق غير قبل للتجزئة** (Caractère indivisible): لأنه يتقرر لمنفعة العقار المرتفق المخدوم بأكمله مستحقا في كل الأجزاء (Le fonds dominent tout entier)، كما أنه يثقل العقار المرتفق به كله، وهذا هو الأصل بأن يبقى الإرتفاق بكامله جاثما على كل جزء من أجزائه؛[9]

---

[1] - **المحكمة العليا**، غ.م، 1991/03/12، ملف رقم 64447؛ 1988/12/21، ملف رقم 48589.

[2] - Voir. Planiol et Ripert, Traité, T.3, par Picard, N° 892 et 998.

[3]- د. بلحاج العربي، نظرية الإرتفاق في الفقه الإسلامي، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، الرياض، 1997، العدد 35؛ وللمؤلف نفسه، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، المرجع المذكور، فقرة 135 وما بعدها.

[4] - في حين أن حق الإنتفاع كما أشرنا سابقا يقرر لمصلحة شخص معين.

5- د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، ص 63؛ د. سمير الجمال، تشريعات الشهر العقاري، ص 40 وما بعدها.

Voir Weill (A),Terré (F), Simler (Ph). Les Biens, op. cit, N° 800.

[6]- **المحكمة العليا**، غ.م، 1978/06/03، ملف رقم 49799، م.ق، 1990، العدد3، ص 33؛ أنظر د. بلحاج العربي، أحكام التركات والمواريث، دار الثقافة، عمان، ط2، 2012، فقرة 59، ص 72 و73.

[7] - **نقض مدني فرنسي**، 1863/04/07، سيري، 1863، 1، 369؛ د. **عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط، ج9، ص 1284.

[8] - **نقض مدني مصري**، 1949/01/13، مجموعة عمر، ج5، ص 703.

[9] - **نقض مدني فرنسي**، 1، 1963/05/29، دالوز، 1963، 718؛ 1912/02/27، دالوز الدوري، 1913، 1، 365؛ 1903/05/27، المرجع نفسه، 1905، 1، ص 110.

فإذا جزئ العقار المرتفق بقي الإرتفاق مستحقا لكل جزء منه، وإذا جزئ العقار المرتفق به بقي الإرتفاق مستحقا واقعيا على كل جزء منه؛ غير أنه إذا كان الإرتفاق لا يقيد في الواقع إلا جزءا من هذه الأجزاء، جاز لمالك العقار المرتفق به أن يطلب زوال هذا الإرتفاق عن الأجزاء الأخرى (م 876 و877 من ق.م).

ومن ثم، **لا يجوز إنشاؤه على حصة شائعة لأحد الشركاء فقط**، في عقار مملوك على الشيوع ملكية شائعة؛ وإنما يتقرر الإرتفاق لصالح ملكيتهم الشائعة كاملة، لأن حق الإرتفاق لا يقبل التجزئة. فإذا كان العقار مملوكا على الشيوع، وتم إنقضاء حق الإرتفاق لعدم إستعماله لمدة خمس عشرة سنة، لا يقتصر أثره على جزء شائع من هذا العقار، بل يسري بالنسبة لكافة الشركاء.

3- شروط قيام حق الإرتفاق

يشترط لنشوء حق الإرتفاق (Le Droit de servitude) في القانون المدني الجزائري: وجود عقارين المرتفق به والمرتفق، وأن يكونا مملوكين لشخصين مختلفين، وليس لشخص واحد، وأن يتقرر لصالح العقار نفسه لا على الشخص؛ وتفصيل ذلك فيما يلي:

أ- أن يوجود عقاران:

حيث يتقرر حق عيني ينصب على أحدهما، وهو العقار الخادم (العقار المرتفق به)، خدمة للعقار الآخر وهو العقار المخدوم المستفيد (أي العقار المرتفق)؛ فيترتب عن نشوء حق الإرتفاق علاقة بين هذين العقارين، يكون من مقتضاها تحقيق منفعة عينية للعقار المخدوم (م 869 من ق.م).

ففي حق المرور مثلا، يتعين على العقار الخادم المرتفق به تحمل المرور للعقار المخدوم، فيظل العبء أو التكليف قائما على العقار الخادم، وينتقل إل خلفاء مالكيه، وليس لهؤلاء التخلص منه إلا بترك ملكية العقار ذاته.[1]

[1] - " إذ جزئ العقار المرتفق به، فإن الجزء الذي يقع فيه مكان حق الإرتفاق (طريق المرور) هو وحده الذي يبقى محملا بهذا الحق كالسابق، دون غيره من الأجزاء." نقض مدني سوري، 1975/12/30، رقم 435 تا، المحامون، العدد1 ، 1975، ص 48.

فإنه يبقى حق الإرتفاق قائما على العقار المرتفق به ما بقي هذان العقاران، ولو مات أو تغير مالك هذا العقار أو ذاك ؛ ما لم يتفق الطرفان على توقيته بأجل معين في العقد (م 693 إلى 702 من ق.م).[1]

ولذلك، فإن حق الإرتفاق يتقرر فقط على العقارات بطبيعتها، كالأرض والبناء، بشرط أن تكون قابلة للتداول ؛ فلا يتقرر على العقارات التي تدخل في الأملاك العامة،[2] ولا على العقارات بالتخصيص لأنها ليست دائمة بطبيعتها، ولا على الأموال العقارية (كالرهن الرسمي مثلا).

ب- أن يكون العقاران مملوكين لشخصين مختلفين :

لا يقوم حق الإرتفاق إلا إذا كان العقاران المرتفق والمرتفق به، مملوكين لشخصين مختلفين (م 867 و869 من ق.م)، لأنه بطبيعته يقتطع من سلطة المالك أو يحد منها ؛ ومن ثم لا يتصور أن يثبت هذا الحق قانونا إلا لشخص آخر غير المالك. **ويجوز قانونا، أن يترتب الإرتفاق على مال عام، إن كان لا يتعارض مع الإستعمال الذي خصص له هذا المال.**[3]

فلا يمكن أن يوجد إرتفاق بين عقارين مملوكين لنفس الشخص، لأن **المالك لا يكون له إرتفاق على شيء يملكه،** كأن يكون العقاران مملوكين معا للمالك نفسه ملكية خالصة ؛[4] لأنه يملك أصلا إستعمال حق الملكية، بأن يحدث على ملكه ما يشاء من الإرتفاقات، من ممرات ومجار ومطلات ومناور تسهل الإنتفاع بملكه.[5] غير أنه إذا كان أحد العقارين مملوكا لشخص واحد،

---

[1]- **المحكمة العليا**، غ.ع، 2007/11/14، ملف رقم 423451، م.م.ع، 2007، عدد 2، ص 420.

[2] - تسقط حقوق الإرتفاق على عقارات الدولة لمقتضيات المصلحة العامة، لأنها تتعارض مع الإستعمال الذي خصصت له الأملاك العامة التابعة للدولة. المادة 689 مدني جزائري، و12 من قانون الأملاك الوطنية العمومية الجزائري الصادر في 1990/12/14.

"من المقرر قانونا، أن الأموال العامة التابعة للدولة والأشخاص الإعتبارية العامة، المخصصة للمنفعة عامة، لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم."

أنظر **المحكمة العليا**، غ.ع، 2000/11/22، ملف رقم 200495، إق.ع.غ، ج2، 2004، ص 216 ؛ غ.م، 1993/01/27، ملف رقم 100370، م.ق، 1995، العدد1، ص 107.

[3] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2002/06/28، ملف رقم 228461، م.ق، 2002، العدد2، ص 401.

[4] - **نقض مدني مصري**، 1969/03/27، س 20، ص 495 ؛ **نقض مدني سوري**، 1971/01/31، رقم 22، المحامون، 1971، ص 161.

[5] - أما إذا انتقلت ملكية أحد العقارين إلى شخص آخر، فهنا يقوم حق إرتفاق لاختلاف المالك.

والأخر مملوكا له مع آخرين، أمكن قيام إرتفاق بينهما، ولكل من الشركاء في العقار الإدعاء بحق المرور الممنوح للعقار المرتفق المخدوم.[1]

فإذا وجد عقاران أحدهما مملوك على الشيوع لعدة شركاء، والآخر مملوك ملكية خالصة مفرزة لأحد الشركاء، فلا مانع قانونا من الإتفاق على تحميل العقار الشائع بإرتفاق لصالح العقار المفرز أو العكس ؛ إذ يجوز أن يكون للعقار المملوك ملكا خالصا لأحد الشركاء حق إرتفاق على العقار المملوك على الشيوع.

ت- أن يتقرر الإرتفاق لمصلحة عقار لا لخدمة شخص :

يشترط لوجود حق الإرتفاق أن يكون مقررا على العقار نفسه، لا على الشخص، وفقا لمقتضيات المادة 867 من ق.م، فهو عبء أو تكليف عيني يتقرر على عقار لصالح عقار آخر يسمى العقار المرتفق (العقار المخدوم أو المستفيد) ؛[2] أي أنه **منفعة عينية تتقرر بالنظر إلى العقار المرتفق ذاته، تتعلق باستعماله أو إستغلاله لا بالنظر إلى صاحبه.** ومن ثم، تثبت هذه المنفعة لكل مالك لهذا الإرتفاق ؛ وهذه المنفعة قد تكون إيجابية كحق المرور، وقد تكون سلبية كإرتفاق عدم البناء مثلا.

وعلى ذلك، فإن **مناط حق الإرتفاق هو أن تكون المنفعة عينية للعقار المرتفق أو المخدوم**، وليست منفعة شخصية لمالك العقار.[3] فهو حق مقرر على العقار المرتفق به (العقار الخادم)، وينتقل معه مهما انتقلت ملكيته إلى شخص آخر بصفته مالكا للعقار.[4]

---

[1] - نقض مدني سوري، 1974/04/30، رقم 168، المحامون، 1974، ص 132.

[2] - Voir Robert A, Rép. Civ, Les Servitudes.

[3] - فهو حق الإنتفاع العيني الثابت لعقار على عقار آخر، أي لمنفعة عقار، بقطع النظر عن شخص المالك ؛ فهو حق متعلق بالأعيان لا بالأشخاص. أنظر **المحكمة العليا**، غ.ع، 2002/06/28، ملف رقم 228461 ؛ 1997/04/30، ملف رقم 148546.

إن حق الإرتفاق يجعل حدا لمنفعة عقار، لفائدة عقار آخر مملوك لشخص آخر، ومن ثم لا يجوز لمالك العقار قانونا أن يعمل شيئا يؤدي إلى الإنتقاص من من إستعمال حق الإرتفاق، أو يغير من الوضع القائم (م 867 و875 من ق.م). راجع **المحكمة العليا**، غ.م، 2000/04/26، ملف رقم 195764، م.ق، 2000، العدد2، ص 159 ؛ 1993/07/12، ملف رقم 96772، غير منشور ؛ 1987/04/08، ملف رقم 40549، م.ق، 1991، العدد3.

[4] - الإرتفاق يفرض على العقار وليس على الشخص، وهو مقرر لمصلحة العقار وليس المالك ؛ وإن كانت الفائدة ستعود على المالك بالضرورة، إلا أن ذلك بالتبعية لملكية العقار المخدوم. **نقض مدني مصري**، 1993/01/21، س 44، ص 275 ؛ 1977/05/10، س 28، ص 1158.

ومن ثم، فإن الإرتفاق لا يعد إلتزاما شخصيا مترتبا على مالك العقار المرتفق به، ينحصر أثره فيما بين العاقدين ؛ بل هو حق عيني مقرر لمنفعة العقار المرتفق لا ينظر فيه إلى شخص المالك.[1] ولئن كان هذا الأخير يتحمل عبء الإرتفاق، فمن الواضح أن هذا العبء ينصب على العقار المرتفق به، لا يفرض عليه أي إلتزام شخصي إيجابي، ذلك لأنه ملزم في الأصل بتحمل أعمال معينة أو أوضاع معينة.[2]

فإذا فرضت قيود معينة تحد من حق مالك العقار في البناء عليه كيف شاء، كأن يمنع من تجاوز حد معين في بالبناء، أو في مساحة رقعته ؛ فإن هذه القيود تكون حقوق إرتفاق على هذا العقار لفائدة العقارات المجاورة التي فرضت لمصلحتها هذه القيود، ما لم يكن هناك إتفاق يخالف ذلك. وكل مخالف لهذه القيود قد تجعله محلا للمطالبة بإصلاحها عينا، إلا أنه يجوز الإقتصار على الحكم بالتعويض إذا إقتضى رأي المحكمة إختيار طريقة التعويض (م 870 من ق.م).

4- أنواع حقوق الإرتفاق

تتنوع حقوق الإرتفاق في التشريع الجزائري بتنوع مضمونها، أو بحسب طبيعة هذا المضمون، ويرجع ذلك إلى كثرة أنواع الإرتفاق المختلفة ؛ وهي في الحياة العملية تتخذ المظاهر التالية :

أ-الإرتفاقات القانونية والإرتفاقات الإتفاقية :

الإرتفاقات القانونية هي التي يقررها القانون لصالح بعض العقارات على بعضها الآخر، فهي قيود واردة على سبيل الحصر تجد مصدرها في

---

[1] - إن الحق المقرر لمصلحة الشخص لا يعد إرتفاقا قانونا، بل هو إلتزام شخصي ينحصر أثره فيما بين العاقدين ؛ ومن ثم لا يشمل الإرتفاق الحقوق التي تكون مقررة لشخص على عقار. أنظر إستئناف أميان (Amiens)، 1953/07/08، مذكور سابقا.

Voir Weill (A),Terré (F), Simler (Ph). Les Biens,op. cit, N° 796 et 800.

[2] - علي الخفيف، المعاملات الشرعية، ص 14 ؛ د. فراج حسين، الملكية ونظرية العقود، ص 90 ؛ د. بدران أبو العينين، نظرية الملكية والعقود، ص 317 ؛ د. محمد سوار، الحقوق العينية الأصلية، ج2، فقرة 439، ص 430 و431.

القانون بجميع مصادره ؛[1] وهي تقيد في ظروف معينة سلطة المالك في استعمال حق الملكية لتأمين المصلحة العامة (كنزع الملكية للمنفعة العامة) أو المنفعة الخاصة (كحق المرور المقرر للعقار المحبوس على الطريق العام، وحقوق الإرتفاق المتعلقة بالإنتفاع بالمياه أي بالري والصرف، كحق الشرب وحق المجرى وحق المسيل ؛ وكذا القيود المقررة لصالح الجيران)[2]؛

وعليه، يخضع الفصل في الإرتفاقات الإدارية، كالنزاعات القائمة مع شركة وطنية، كشركة سونلغاز بخصوص نقل الخط الكهربائي أو إقامة المنشآت الوطنية الأساسية وتحويلها، لإجراءات خاصة محددة قانونا، طبقا بأحكام القانون رقم 07/85 المؤرخ في 1985/08/06، والمرسوم التنفيذي رقم 411/90 المؤرخ في 1990/12/22.[3]

أما الإرتفاقات الإتفاقية فهي قيود إستثنائية تتقرر بالإتفاق بين الأفراد على عقار لمصلحة عقار آخر ؛ فهي تنشأ بفعل الأفراد لمعالجة مصالح خاصة بعقار معين. ومن ثم، فهي تمثل وضعا خاصا بفعل الأشخاص، لا يتناول إلا ملكية معينة. ومثالها : حقوق الإرتفاق بعدم تجاوز حد معين في الإرتفاع بالبناء، أو عدم البناء إلا على مساحة معينة، أو حق الإرتفاق بالرؤية حيث يلتزم مالك الأرض بترك مسافة معينة بينه وبين جاره عندما يبني في أرضه.

---

[1] - فهي حدود قانونية عامة لكل ملكية توجد في ظروف معينة، لا تسقط بالتقادم، ولا بعدم الإستعمال مهما طالت مدته ؛ لا تخضع لقواعد الشهر والعلانية، لأن مصدرها القانون، فهي تمثل الوضع العادي للملكية في ظروف معينة ؛ وذلك بخلاف حقوق الإرتفاق التي تخضع للشهر عن طريق التسجيل أو القيد في السجل العقاري، والتي تسقط بعدم الإستعمال لمدة معينة.

Cf. Lochouarn D , Les servitudes légales, Rev.des Huissiers, 1998, p 841 et s.

راجع د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج8، فقرة 393 ؛ د. عبد المنعم الصدة، المرجع السابق، فقرة 37.

Voir Planiol (M) et Ripert (G),Traité Pratique du droit civil Français, T.3 , N° 414, p 900 : Weill (A),Terré (F), Simler (Ph). Les Biens,op. cit, N° 834 et s.

[2] - من المقرر قانونا، أن تقييد حق الملكية بقيود قانونية أو إتفاقية تنظمها تشريعات خاصة، مراعاة للمصلحة العامة أو المنفعة الخاصة، هو أمر جائز قانونا لا يؤثر على بقاء حق الملكية وقيامه.

أنظر نقض مدني مصري، 1969/02/04، نقض رقم 56، ، س 30، ص 247 ؛ 1980/04/24، س 31، ص 1992 ؛ راجع سابقا القيود الواردة على حق الملكية.

[3]- المحكمة العليا، غ.ع، 2007/03/14، ملف رقم 393608، إق.غ.ع، ج3، ص 383.

ب-الإرتفاقات الإيجابية والإرتفاقات السلبية :

الإرتفاقات الإيجابية هي التي تخول لصاحب العقار المرتفق أو المخدوم سلطة القيام بأعمال إيجابية على العقار المرتفق به أو الخادم، أي حق مباشرة أعمال تصرفية في العقار المرتفق به ؛ مثل الإرتفاق بالمرور، أو باغتراف المياه، أو برعي المواشي.

أما الإرتفاقات السلبية فهي التي تمنع صاحب العقار المرتفق به أو الخادم أن يقوم بأعمال معينة في عقاره ؛ مثل الإرتفاق بعد البناء، أو بعدم التعلي في البناء إلى ما يجاوز إرتفاعا معينا، أو بعدم فتح مطل على العقار المجاور.

فإن فتح المطلات للتهوية أو الإضاءة (كالنوافذ والبلكونات...)، والمناور (كالفتحات التي يقصد منها مرور الهواء ونفاذ النور...)، المواجهة للعقارات المقابلة، والتي تسمح بالنظر إلى ملك الجار، يجب أن يراعى فيها المالك حتما المسافة القانونية المقررة بين المطل والبناء الذي يقيمه، باعتبارها إرتفاقات مفتوحة على حدود الملك (م 691 و709 و710 و711 من ق.م).[1]

وتظهر أهمية هذا التقسيم خاصة، في حساب مدة التقادم المسقط لعدم إستعمال حق الإرتفاق، وكذلك فيما يتعلق بالأسباب التي يكسب بها حق الإرتفاق.[2]

ج-الإرتفاقات المستمرة والإرتفاقات غير المستمرة :

الإرتفاقات المستمرة هي التي تعمل بصورة آلية، أي التي لا يحتاج إستعمالها إلى تدخل متجدد من قبل صاحب العقار المرافق أو المخدوم. كما في الإرتفاق بالمطل، أو بعدم البناء، أو بعدم التعلية، أو بالشرب، أو

---

[1] - فإذا قام مالك بفتح مطلات في ملكه، دون مراعاة المسافة القانونية المقررة، فإن للجار أن يطلب سده ولو لم يصبه ضرر.
المحكمة العليا، غ.ع، 2002/02/20، ملف رقم 224346، غير منشور ؛ **نقض مدني مصري**، 1989/10/25، س 40، ص 841 ؛ 1988/01/13، طعن رقم 1562، لسنة 51 ق. راجع سابقا حكم المطلات والمناور ضمن القيود القانونية التي ترجع إلى التلاصق في الجوار.

[2] -"حق الإرتفاق يكتسب بعمل قانوني أو بالميراث، يدل على أن للأفراد أن يتفقوا على إنشاء حقوق الإرتفاق التي يختارونها سواء كانت إيجابية أو سلبية، مع مراعاة أن تكون في حدود القانون والنظام العام والآداب." **نقض مدني مصري**، 1977/05/10، س 28، ص 1158.

بالمجرى، أو بالمسيل... ؛ وتعتبر في الحقيقة كل الإرتفاقات السلبية مستمرة وكذا بعض الإرتفاقات الإيجابية.

أما الإرتفاقات غير المستمرة فهي التي يحتاج إستعمالها إلى تدخل متجدد من جانب صاحب العقار المرتفق أو المخدوم في كل مرة يراد فيها إستعمالها. كما في الإرتفاق بالمرور، أو باغتراف المياه، أو برعي الماشية.

وتظهر أهمية هذا التقسيم فيما يتعلق بحساب مدة التقادم المسقط عند إنتهاء حق الإرتفاق بعدم الإستعمال.

د-الإرتفاقات الظاهرة والإرتفاقات غير الظاهرة :

الإرتفاقات الظاهرة هي التي لها علامات مادية خارجية تدل على وجودها تبعا لظروف الواقع، كالطريق في حق المرور، والقنوات المكشوفة في حق المجرى.

أما الإرتفاقات غير الظاهرة فهي التي لا يكون لها مظهر مادي خارجي يدل على وجودها، كعدم البناء، أو عدم التعلية في البناء عن إرتفاع معين، وهو ما نجده بوجه عام في حقوق الإرتفاق السلبية. فالإرتفاق بالمطل مثلا، لا يمكن تصور وجوده في الواقع، دون وجود نافذة أو شرفة أو بلكونة، ونحو ذلك من العلامات المادية الخارجية التي تدل عليه.

ويترتب على هذا التقسيم أنه يمكن كسب حقوق الإرتفاق الظاهرة بالتقادم، بينما لا يجوز ذلك في الإرتفاقات غير الظاهرة، عملا بمقتضيات المادة 868 من ق م ؛[1] كما أن حقوق الإرتفاق الظاهرة يجوز أن ترتب بتخصيص رب الأسرة، وذلك على خلاف الإرتفاقات غير الظاهرة (م 869 من ق م).[2]

وجدير بالتنويه أن **أنواع الإرتفاقات السابقة ليست مستقلة بعضها عن البعض**، بل إنها قد تتداخل في الحياة العملية ؛ كأن يكون الإرتفاق

---

[1] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2007/11/14، ملف رقم 423451، المشار إليه ؛ 2007/01/17، ملف رقم 390680، المجلة نفسها، 2007، عدد2، ص 411 ؛ 1997/06/25، ملف رقم 148511، م.ق، 1997، العدد2، ص 11 ؛ 1998/10/28، ملف رقم 181874، م.ق، 1999، عدد1، ص76 ؛ 1997/04/30، ملف رقم 148546، م.ق، 1997، عدد1، ص187.

[2] - **نقض مدني فرنسي**، 1874/08/26، دالوز، 1875، 1، 124 ؛ 1965/02/22، دالوز، 1965، ص66.

مستمرا وظاهرا في حق المطل، أو مستمرا وغير ظاهر كحق عدم البناء، أو غير مستمر وظاهر كحق المرور وهكذا.

كما نلاحظ ههنا أن حقوق الإرتفاق لا تنحصر في حق المرور والمطل والشرب والمجرى والمسيل (أو الصرف) والجوار والتعلي فقط، بل يجوز للأشخاص إنشاء شيء آخر من الحقوق غير هذه، سواء أكان هذا بعقد معاوضة أو على وجه التبرع، وفقا للقواعد المقررة لها، ولما جرى به العرف في الأمكنة.

الفرع الثاني

أسباب كسب حق الإرتفاق

نصت المادة 868 من ق.م على أنه : "**ينشأ حق الإرتفاق عن الموقع الطبيعي للأمكنة، أو يكسب بعقد شرعي، أو بالميراث، إلا أنه لا تكسب بالتقادم إلا الإرتفاقات الظاهرة بما فيها حق المرور**". كما أشارت المادة 1/869 من ق.م إلى أنه : "**يجوز أيضا في الإرتفاقات الظاهرة أن ترتب بالتخصيص من المالك الأصلي**".

ومن ثم، تخضع حقوق الإرتفاق وفقا لأحكام المادة 871 من ق.م، للقواعد المقررة في سند تأسيسها، ولما جرى به عرف الجهة، وللأحكام القانونية الواردة في القانون المدني، والنصوص الخاصة التي تنظمها.[1]

والمبدأ في القانون المدني الجزائري أنه : **لا يجوز لمالك العقار المرتفق به، أن يقوم بعمل يؤدي إلى الإنتقاص من إستعمال حق الإرتفاق، أو جعله شاقة، أو تغيير الوضع القائم**، أو يبدل الموضع المعين أصلا لإستعمال حق الإرتفاق بموضع آخر ؛ كما أنه **لا يجوز لصاحب العقار المحصور تغيير قاعدة الإرتفاق** (م 875 من ق.م).[2]

---

[1] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2007/11/14، ملف رقم 423451، المشار إليه ؛ 2007/01/17، ملف رقم 390680، المجلة نفسها، 2007، عدد2، ص 411 ؛ 1997/06/25، ملف رقم 148511، م.ق، 1997، العدد2، ص 11.

[2] - **المحكمة العليا**، غ.م، 2000/04/26، ملف رقم 195764، م.ق، 2000، العدد2، ص 159 ؛ 1993/07/12، ملف رقم 96772، غير منشور ؛ 1987/04/08، ملف رقم 40549، م.ق، 1991، العدد3.

وتنشأ حقوق الإرتفاق في القانون المدني الجزائري : بالتصرف القانوني، أو بالميراث، أو بالتقادم المكسب بمرور الزمان في الإرتفاقات الظاهرة المستمرة ؛[1] كالإرتفاق بالمطل، أو حق المرور، إذا كانت معالم الطريق ظاهرة (م 868 من ق.م) ؛[2]

ونعرض لهذه الأسباب المنشئة لحق الإرتفاق فيما يلي :

أ- التصرف القانوني :

والتصرف القانوني الذي يكسب بمقتضاه حق الإرتفاق يعتبر تصرفا منشئا للحق إبتداء، وليس ناقلا له من شخص إلى آخر ؛ وهو الإرتفاق على إنشاء هذا الحق أو تعديله أو إنشاء إرتفاقات جديدة، أيا كان نوعها إيجابية أو سلبية، مستمرا أو غير مستمر، ظاهرا أو غير ظاهر. والتصرف القانوني بهذا المفهوم يشمل العقد، والوصية، والإذن من مالك العقار المرتفق به ؛ كأن يرتب كل من المالكين حق مرور على عقار لمنفعة العقار الآخر.

فإنه يستخلص من مقتضيات المادة 868 من ق.م، أن إرتفاق المرور يكتسب من جراء الحصر، أو بعقد، أو بالميراث ؛ كما أنه يكتسب بالتقادم، إستنادا لأحكام المادة 2/868 من ق.م.[3]

فالتصرف القانوني هو الذي يحدد مضمون الإرتفاق وحدوده وطريقة ممارسته، وفقا لما اشترطه مالكي العقارين المرتفق والمرتفق به، في الإرتفاق المبرم بينهما، مع الرجوع للنصوص القانونية التي أوردها المشرع (م 871 من ق.م) ؛[4] سواء أكان عقد معاوضة أم تبرع، فقد يكون عقد بيع أو مقايضة أو

---

[1] - "من المقرر قانونا، أن حق الإرتفاق ينشأ عن الوضع الطبيعي للأمكنة، أو يكسب بعقد شرعي؛ ومن ثم، فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون، غير مؤسس يستوجب الرفض." المحكمة العليا، غ.م، 1989/10/25، ملف رقم 55432، م.ق، 1992، العدد3، ص 32.

[2] - وتقابلها 1016 مدني مصري، و1272 مدني أردني، و1363 مدني إماراتي، و690 مدني فرنسي.

[3] - المحكمة العليا، غ.ع، 2004/06/23، ملف رقم 232135، إق.غ.ع، عدد خاص، ج3، 2010، ص379.

[4] - يجب أن لا يكون التصرف القانوني الذي يقرر حق الإرتفاق مخالفا للنظام العام أو الآداب الحميدة، وأن لا يتعارض مع ما للغير من حقوق على هذا العقار.

راجع د. بلحاج العربي، نظرية الإرتفاق في الفقه الإسلامي، البحث المذكور، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، الرياض، 1997، العدد 35 ؛ الوسيط في شرح الحقوق العينية، المرجع المذكور، ص 297 و298.

هبة أو وصية ؛[1] كإشتراط البائع على المشتري أن يكون له حق مرور على الأرض المبيعة، فيثبت هذا الحق بهذا الشرط الوارد في عقد البيع مثلا.

كما يصح تقرير حق الإرتفاق بالإذن بدون مقابل، كإباحة مالك العقار لمالك عقار آخر الإستفادة من عقاره على سبيل التسامح ؛ غير أنه يجوز لمن أذن في استخدام حق إرتفاق على عقار مملوك له، أن يرجع في إذنه متى شاء.[2]

ويلزم من الناحية القانونية تسجيل سند إنشاء الإرتفاق، لأنه يتضمن إنشاء لحق عيني عقاري (م 324 مكررا، و793 من ق.م) ؛[3] ذلك أن حقوق الإرتفاق الإرادية المكتسبة بالتصرف القانوني أو بالتقادم، باعتبارها حقوقا عينية عقارية،[4] فلا تنشأ حقوق الإرتفاق ولا تنتقل مع العقار إلى كل من الخلف العام والخلف الخاص، إلا بتسجيلها في السجل العقاري لدى المصالح المختصة.[5]

وتنتقل القيود الإتفاقية التي يضعها أصحاب العقارات المعدة للبناء المفروضة لمصلحتها، لكونها حقوق إرتفاق مرتبة لمنفعة من يتضرر من مخالفتها، وكان لملاك العقارات المجاورة الحق في طلب إزالة الأعمال

---

[1] - انظر أ. **علي الخفيف**، الملكية، ص 142 ؛ د. **محمد سلام مذكور**، المدخل للفقه الإسلامي، ص 501 ؛ د. **وهبة الزحيلي**، الفقه الإسلامي وأدلته، ج5، ص 501 ؛ د. **عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط، ج9، ص 1306.

[2] - **المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي**، ص 965.

[3] - تقيد الحقوق العينية العقارية في السجل العقاري، إذا كانت قد نشأت أو تقررت بسبب من أسباب إكتساب الحقوق العينية ؛ ولا تنتقل الملكية العقارية، ولا الحقوق العينية الأخرى بين المتعاقدين وفي حق الغير، إلا بإستيفاء الشكل الرسمي الذي يتطلبه القانون، وكذا إجراءات الشهر العقاري لدى المحافظة العقارية المختصة (م 324 مكررا، و793 من ق.م).

[4] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2012/06/14، ملف رقم 716159، م.م.ع، 2012، العدد2، ص 386 ؛ 2009/11/12، ملف رقم 549408، المرجع نفسه، 2010، ج3، ص 247 ؛ 2008/10/15، إق.غ.ع، عدد خاص، ج3، ص 227 ؛ **نقض مدني سوري**، 1965/01/09، رقم 1741، المحامون، 1965، ص 407 ؛ 1964/10/31، رقم 2458، المرجع نفسه، 1964، 8، ص 313.

[5] - **نقض مدني مصري**، 1987/04/29، طعن 1328، لسنة 52 ؛ 1948/03/11، طعن 135، س 16 ق.
ومن المعلوم أن المرسوم التشريعي الفرنسي الصادر في 1955/01/04 (م 28 و29 منه) قد جعل شهر الإرتفاقات المتعلقة بممارسة الإرتفاقات القانونية تخيريا لا إلزاميا.
Voir Weill (A),Terré (F), Simler (Ph), Les Biens, op. cit, N° 819, Atias Ch, La mutabilite des servitudes conventionnelles, RTDCiv, 1979, p 245 et s.

المخالفة عينا، أو بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن مخالفة هذه القيود؛ كما لو ألزم المشتري لهذه العقارات بعدم البناء عليها على مساحة معينة، أو البناء على إرتفاع معين وعلى نمط محدد مثلا. وتنتقل هذه القيود الإتفاقية مع العقار المرتفق به في أي يد كان، وكل خلفاء المشتري ملزمون بمراعاة هذه القيود وقت إنتقال الأرض إليه (م 870 من ق.م).

ونلاحظ في هذا الشأن، أنه إذا قام شخص يملك بناءين متجاورين بينهما علاقة التبعية الواقعية بين العقارين، وفتح في أحدهما مطلا على الاخر دون مراعاة المسافة القانونية مثلا، ثم باع هذا البناء الآخر، ولم يعترض المشتري على الوضع السابق بالنسبة إلى المطل، بعد أن صار العقاران مملوكين لمالكين مختلفين؛ فإنه ينشأ في هذه الحالة إرتفاق بالمطل لمصلحة البناء الأول على البناء المبيع بتخصيص من المالك الأصلي، اللهم إذا وجد شرط يخالف ذلك (م 869 من ق.م).[1]

وقد حكم القضاء بأنه **يجوز أن يترتب الإرتفاق على مال عام ملك للدولة، إن كان لا يتعارض مع الإستعمال الذي خصص له هذا المال**؛ ومثال ذلك المطلات الموجهة اتجاه مساحة مملوكة للدولة لا تلحق أي ضرر بهذا المال[2].

وأخيرا، يمكن نقل حق الإرتفاق إلى موضع آخر من العقار، متى كان استعماله في وضعه الجديد ميسورا لمالك العقار المرتفق، بالقدر الذي كان ميسورا في وضعه السابق؛[3] غير أنه لا يجوز قانونا، لمالك العقار المرتفق به أن يعمل شيئا يؤدي على الإنتقاص من استعمال أو استغلال حق الإرتفاق، أو يؤدي إلى تغيير الوضع القائم[4].

ب- الميراث :

الميراث يعد في الحقيقة طريقا من طرق إنتقال الإرتفاق مع العقار المرتفق (م 868 من ق.م)، لأن الإرتفاق هو من الحقوق المالية التابعة للعقار

---

[1] - نقض مدني مصري، 1993/01/21، س 44، ص 275.

[2] - المحكمة العليا، غ.ع، 2010/03/11، ملف رقم 586490، م.م.ع، 2010، العدد1، ص 204؛ 2002/06/28، ملف رقم 228461، م.ق، 2002، عدد2، ص401.

[3] - المحكمة العليا، غ.ع، 2010/05/13، ملف رقم 593347، م.م.ع، 2010، العدد1، ص 208.

[4] - المحكمة العليا، غ.ع، 2000/04/26، ملف رقم 195764، م.ق، 2000، العدد2، ص 159.

التي لا تنتهي بوفاة صاحبها، وإنما تنتقل لورثته الشرعيين؛[1] غير أنه لا ينتقل هذا الحق إستقلالا، بل ينتقل مع العقار المرتفق بملحقاته، باعتباره حقا تابعا له كما بينا سابقا.[2]

ج- التقادم :

لا تصلح الحيازة لاكتساب حق الإرتفاق أو لتوسيعه بالتقادم، أي بمرور الزمن، إلا إذا كانت قانونية صحيحة، بأن كانت هادئة وعلنية ومستمرة، وأن تمضي المدة القانونية على هذه الحيازة، وكانت مقترنة بنية إكتساب حق الإرتفاق للحائز؛ وأن تظهر من الناحية المادية الفعلية بأعمال الإستعمال المعتادة التي يظهر بها حق الإرتفاق بصفة ظاهرة التي تدل عليه علامة خارجية.[3]

أما إذا كنت مجرد رخصة من المباحات كما أشرنا، أو مجرد عمل يتحمله الغير على سبيل التسامح، فلا يؤدي لكسب الإرتفاق بالتقادم.[4] فإنه **لا تقوم الحيازة على عمل مباح** يتم بإذن إباحة مالك العقار لمالك عقار آخر في الإستفادة من عقاره على سبيل التسامح، لا على سبيل إنشاء حق الإرتفاق (م 808 من ق.م).[5]

وعلى ذلك، **فإن إكتساب حق الإرتفاق بالتقادم يقتصر وفقا لأحكام المادة 868 من ق.م، على الإرتفاقات الظاهرة فقط،**[6] لأن من شروط الحيازة كما رأينا يجب أن تكون ظاهرة، غير معيبة بعيب

---

[1] - د. محمد عبد الجواد، الحيازة والتقادم في الفقه الإسلامي، فقرة 170 وما بعدها.

[2] - المحكمة العليا، غ.م، 1978/06/03، ملف رقم 49799، م.ق، 1990، العدد3، ص 33 ؛ نقض مدني مصري، 1977/05/10، س 28، ص 1158. أنظر د. بلحاج العربي، أحكام التركات والمواريث في ضوء قانون الأسرة الجزائري، المرجع المذكور، فقرة 59، ص 72 و73.

[3] - المحكمة العليا، غ.ع، 2000/04/26، ملف رقم 195764، المشار إليه ؛ د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج9، ص 1348.

Voir Weill (A),Terré (F), Simler (Ph). Les Biens, op. cit, N° 825 et s.

[4] - المادة 50 من مرشد الحيران.

[5] - "إن ترك الجار المطل مفتوحا على ملكه، دون مراعاة المسافة القانونية المقررة، ودون إعتراض على فتحه لمدة 15 سنة ؛ هو ما يفترض أن ليس في فتحها أو تركها أية مظنة للعفو أو التسامح من جانب الجار."

أنظر المحكمة العليا، 2000/06/28، ملف رقم 200906، غير منشور ؛ نقض مدني مصري، 1994/04/17، س 45، ص 724 ؛ 1981/12/31، رقم 319، لسنة 51 ق.

[6] - وتقابلها المادة 1016 مدني مصري، و610 مدني فرنسي.

الخفاء، وفقا للشروط العامة للتقادم المكسب (م 808 و827 من ق.م)[1]؛ ويستوي في هذا أن يكون الإرتفاق الظاهر مستمر كالإرتفاق بالمطل، كفتح النوافذ والبلكونات، أو أن يكون غير مستمر كالإرتفاق بالمرور إذا كانت معالم الطريق واضحة؛ ومنها المجرى والمسيل، إلا إذا ثبت أن الحق غير مشروع، فيتعين عندئذ رفع ضرره مهما تقادم.[2]

ومن ثم، قضت المحكمة العليا في إجتهاداتها القضائية بأنه: **لا يكتسب حق الإرتفاق بالتقادم مهما بلغ قدمه، على أساس تصريحات سكان المنطقة أثناء عمليات الخبرة**، والتي لا يمكن أن تحل محل سند إنشاء الإرتفاق في إثبات حق إرتفاق المرور.[3] فإنه **لا يمكن إثبات إكتساب حق إرتفاق المرور بالتقادم المكسب بشهادة الشهود**، بل يستوجب على قضاة الموضوع التحقق من سبب الحصر وفقا للمادة 868 من ق.م؛[4] كما أنه **يثبت حق مالك العقار المحصور في ارتفاق حق المرور عن طريق دعوى الحيازة، وفقا للمادة 702 من ق.م**، وليس عن طريق إلزامه بإثبات حقه عن طريق التقادم المكسب.[5]

وجدير بالذكر في هذا الشأن، أن ترك الجار المطل مفتوحا على ملكه، دون مراعاة للمسافة القانونية المقررة بين المطل والبناء الذي يقيمه،

---

[1] - **المحكمة العليا**، 1987/07/01، ملف رقم 40189، م.ق، 1989، العدد4، ص 20.

[2] - :" من المقرر قانونا أن استغلال العقار هو وحده الذي تقدر على ضوئه كفاية الممر من عدمه (م 693 و695 و696 و867 و875 من ق.م)."

المحكمة العليا، 2007/11/14، ملف رقم 423451، المشار إليه؛ 2007/01/17، ملف رقم 390680، المجلة نفسها، 2007، عدد2، ص 411؛ 1997/06/25، ملف رقم 148511، م.ق، 1997، العدد2، ص 11؛ 1998/10/28، ملف رقم 181874، م.ق، 1999ن عدد1، ص76؛ 1997/04/30، ملف رقم 148546، م.ق، 1997، عدد1، ص187. وراجع هنا نقض مدني فرنسي، 1874/08/26، دالوز، 1875، 1، 124.

[3] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2004/06/23، ملف رقم 249614، م.م.ع، 2004، عدد 2، ص 317؛ 2004/06/23، ملف رقم 232135، المرجع نفسه، ص311؛ 2004/06/23، ملف رقم 249614، م.م.ع، 2004، عدد2، ص 317.

[4] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2004/06/23، ملف رقم 249614، إ.ق.غ.ع، عدد خاص، 2010، ج3، ص 374؛ 1982/03/31، ملف رقم 24886؛ 1978/06/03، ملف رقم 49799، غير منشور.

[5] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2002/10/13، ملف رقم 239277، إ.ق.غ.ع، م.م.ع، عدد خاص، 2010، ج3، ص 371.

ودون إعتراض على فتحه لمدة قدرها خمس عشرة سنة، يكسب صاحبه حق إرتفاق بالمطل بالتقادم. فإذا هدم البناء الذي فتح فيه هذا المطل، فإن حق الإرتفاق لا يزول، إذ يجوز لصاحبه أن يعيد فتحه عند إعادة البناء، ما لم تكن قد مضت مدة التقادم على هدم البناء دون أن يعاد فتح المطل، فيسقط حق الإرتفاق عندئذ بعدم الإستعمال قانونا.

فقد نصت المادة 1/879 من ق.م صراحة على أنه : **ينتهي حق الإرتفاق بعدم إستعماله لمدة عشر سنوات، كما ينتهي أيضا بعدم إستعماله لمدة ثلاث وثلاثين سنة إذا كان الإرتفاق مقررا لمصلحة مال موروث تابع لعائلة.**[1]

- آثار حق الإرتفاق

وجدير بالتنويه أن **نشوء حق الإرتفاق ترتب آثارا على مالك العقار المخدوم، كما يرتب آثارا على مالك العقار الخادم** ؛ وتخضع حقوق الإرتفاق للأحكام المقررة في سند إنشائها، وكذا للقواعد القانونية المنظمة لها، ولما جرى به عرف الجهة التي يقع بها العقار (م 871 من ق.م).

وتكون نفقات الأعمال اللازمة لاستعمال حق الإرتفاق، والمحافظة عليه، على مالك العقار المخدوم المرتفق، لأنه هو المستفيد من هذا الحق ؛ ما لم يشترط خلاف ذلك (م 874 من ق.م).[2] فلمالك العقار المخدوم أن يجري من الأعمال ما هو ضروري لاستعمال حقه في الإرتفاق وحفظه، وأن يستعمل هذا الحق على الوجه الذي ينشأ عنه أخف الضرر للعقار المرتفق به، فلا يجوز أن يترتب على ما يوجد من حاجات العقار المرتفق أي زيادة في عبء الإرتفاق (م 872 من ق.م).

فلا يلزم مالك العقار الخادم، المرتفق به، أن يقوم بمنشآت أو أعمال لمصلحة العقار المرتفق، إلا إذا كانت منشآت إضافية يقتضيها إستعمال

---

[1] - من المقرر قانونا، أن عدم إستعمال حق الإرتفاق، لمدة تزيد على عشر سنوات، يؤدي إلى سقوط هذا الحق وفقا لأحكام المادة 879 من ق.م. **المحكمة العليا**، غ.م، 1988/12/21، ملف رقم 48589، غير منشور.

[2] - إلا أن يتحمل ذلك مالك العقار الخادم، أو يتفق مالكي العقارين المخدوم والخادم على تحمل هذه النفقات مناصفة ؛ إذ ليست هذه الأحكام من النظام العام وفقا للقانون المدني الجزائري.

الإرتفاق على الوجه المألوف، ما لم يوجد شرط يخالف ذلك (م 873 من ق.م). فهو مكلف بالقيام بأي عمل إيجابي، وأن يمتنع عن أي دور سلبي ؛ إذ لا يجوز له قانونا أن يقوم بأي عمل سلبي، من شأنه التأثير على إستعمال حق الإرتفاق، أو جعله أكثر مشقة، مما يضر بحق صاحب حق الإرتفاق (م 875 من ق.م)[1].

الفرع الثالث

نماذج من حقوق الإرتفاق القانونية

نعرض فيما يلي بصورة موجزة بعض حقوق الإرتفاق القانونية التي نظمها القانون المدني الجزائري، على أساس المصلحة التي تخدمها هذه الإرتفاقات الشهورة، سواء أكانت مصلحة عامة أم مصلحة خاصة، وهي على التوالي :

1- حق المرور.

2- حق الشرب.

3- حق المجرى.

4- حق الصرف.

أولا : حق المرور (Le Passage)

نصت المادة 693 من ق.م على أنه : "**يجوز لمالك الأرض الحصورة التي ليس لها أي ممر يصلها بالطريق العام، أو كان لها ممر ولكنه غير كاف للمرور، أن يطلب حق المرور على الأملاك المجاورة، مقابل تعويض يتناسب مع الأضرار التي يمكن أن تحدث من جراء ذلك**".

---

[1] - فإنه لا يجوز قانونا لمالك العقار الخادم أي المرتفق به، أن يقوم بعمل يؤدي إلى الإنتقاص من إستعمال حق الإرتفاق، أو جعله أكثر مشقة، أو تغيير الوضع القائم، أو يبدل الموضع المعين أصلا لإستعمال حق الإرتفاق بموضع آخر ؛ كما أنه لا يجوز لصاحب العقار المخدوم المرتفق المحصور تغيير قاعدة الإرتفاق (م 875 و698 من ق.م).

راجع المحكمة العليا، غ.ع، 2000/04/26، ملف رقم 195764، م.ق، 2000، العدد2، ص 159 ؛ غ.م، 1993/07/12، ملف رقم 96772، غير منشور ؛ 1987/04/08، ملف رقم 40549، م.ق، 1991، العدد3.

كما أشارت المادة 694 من ق.م في فقرتها الأولى على أنه : "يعتبر المر على الطريق العام غير كاف أو غير ممكن، إذا كان ذلك يكلف مشاق كبيرة، لا يمكن تسويتها إلا ببذل أعمال باهضة لا تتناسب مع قيمة العقار." وجاء في فقرتها الثانية على أنه : "ويعتبر المر عكس ذلك كافيا، إذا كانت الأضرار عارضة يمكن إزالتها بنفقات قليلة، أو إذا وجد المر على وجه الإباحة ما دام لم يمنع إستعماله."

ومقتضى هاتين المادتين أن حق المرور هو حق يتقرر لمالك العقار المحصور، أي العقار المحبوس الذي ليس ممر يصله بالطريق العام، مما يخوله طلب الحصول على ممر في الأراضي المجاورة، للوصول إلى هذا الطريق، بالقدر اللازم لاستغلال أرضه واستعمالها على الوجه المألوف ؛ وذلك مقابل دفع تعويض عادل يتناسب مع الأضرار التي يمكن أن تحدث من جراء ذلك،[1] إلا إذا كان مروره على وجه الإباحة، أي عملا من أعمال التسامح.[2]

فأساس حق المرور هو وجود أرض محصورة، أي محبوسة عن الطريق العام، إذ يستطيع مالك العقار المحصور (Le propriétaire dont la terre est enclavée)، نظير تعويض عادل، أن يحصل بحكم القانون على ممر كاف في أرض الغير للوصول إلى الطريق العام ؛[3] لأن الإنحباس عن الطريق العام هو مشقة كبيرة ونفقات باهظة وأعباء زائدة، من شأنها عرقلة إستغلال الأرض المحصورة واستعمالها، وفي ذلك أضرار بمصلحة الفرد ومصلحة الجماعة.[4]

ومن ثم، يعد حق المرور في الحقيقة من القيود القانونية (Les restrictions au droit de propriété) المفروضة على ملكية الأراضي المحاذية

---

[1] - المادة 693 من ق.م.

[2] - إن ترك الطريق لمرور الغير، يحتمل أن يكون مبنيا على التسامح الذي لا يكسب حقا، ولا يجعل الطريق عاما. **نقض مدني مصري**، 1955/12/22، رقم 251، س 22 ق.

[3] - **المحكمة العليا**، 1989/03/15، ملف رقم 50516 ؛ 1989/11/15، ملف رقم 54474، م.ق، 1990، العدد 2 ؛ 2000/04/26، ملف رقم 195764 ؛ **نقض مدني مصري**، 1942/01/29، رقم 46، س 11 ق ؛ **تمييز مدني أردني**، 1989/03/26، رقم 89/45، م.ن.م، 1990، ص 2219.

[4] - **د. عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط، ج9، ص 1381 ؛ **د. إسماعيل غانم**، الحقوق العينية الأصلية، ج1، ص 120 وما بعدها ؛ **د. حسن كيرة**، الحقوق العينية الأصلية، ص 111 وما يليها.

للطريـق العـام ؛ فهـو يتقـرر بقـوة القـانون علـى الأرض المجـاورة لـلأرض المحبوسـة لقـاء تعويض عـادل ؛ وعلـى هـذا الأسـاس عـالج المشرع الجزائري حق المرور تحت عنوان القيود التي تلحق حق الملكية (م 693-702 من ق.م).

فـإن غايـة إرتفـاق المـرور هـي المنفعـة، أي الإسـتعمال العـادي للعقـار المحصور، مقابل دفع تعويض يتناسب والضرر اللاحق بالعقار محل المرور، بحسب الأحكام والإستثناءات الواردة في المواد 693 و695 و697 من ق.م.

فهو حق يثبت بقوة القانون، باعتباره قيدا على الحق المطلق للملكية، بمجرد توافر حالة الإنحباس طبقا للمادة 702 من ق.م، كمـا هـو الحال عند وجود عقار محصور، أو عند وجود جدران متلاصقة ؛[1] دون توقف على المطالبة به، ويظل قائما ما بقيت حالة الإنحباس موجودة.[2] ومن ثم، تجوز المطالبة به في أي وقت ؛ بشرط ألا يكون هذا الإنحباس بفعل إرادته.[3]

ويعالج القانون المدني الجزائري إرتفاق المـرور (la servitude de passage) في المواد من 693 إلى 702 تحت عنوان :" **القيود التي تلحق حق الملكية**"، كمـا أنه في المـواد مـن 867 إلى 881 يتنـاول بعـض أحكـامـه في الفـصل المتعلق ب حقـوق **الإرتفاق** بصفة عامة (Des servitudes).

وقد ذكـر فقهاء الشـريعة الإسـلامية بـأن الطـريق العـام جعل لإرتفاق جميع النـاس، أي للمنفعـة العامـة ؛ فيجـوز لمـن كـان عقـاره واقعـا علـى هـذا الطريق حق الإنتفاع بـه، بفتح الأبواب والنوافذ والمطلات عليه والمرور فيه على الوجه الذي جرت به الأحكام الشرعية والأعراف والعادات.[4]

فيجـوز لمالـك العقـار المحـصور أن يطلـب حـق المـرور علـى العقـارات المجـاورة للوصـول إلى الطـريق العـام مقابل تعـويض عـادل عـن الأضـرار التي

---

[1] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2002/10/23، ملف رقم 239277، إق.غ.ع، 2004، ج2، ص 408.
[2]- Voir Weill (A),Terré (F), Simler (Ph). Les Biens, op. cit, N° 286 et 297.
[3] - **المحكمـة العليـا**، غ.ع، 1999/03/17، ملـف رقـم 179572 ؛ 1991/07/28، ملـف رقـم 79360، م.ق، 1994، العدد3 ؛ 1985/03/06، ملف رقم 33524، م.ق، 1990، العدد1.
راجع هنـا : أ. **بلعربية فاطمة الزهـراء**، إرتفـاق المرور، الإجتهـاد القـضائي للغرفة العقارية للمحكمة العليا، م.م.ع، عدد خاص، ج2، 2004، ص 33 وما يليها.
[4] - وهـو حـق المشي أو "حـق القـدم" في ملـك الغـير، راجـع المـادة 1225 و1226 مـن مجلـة الأحكـام العدلية، و49 و50 من مرشد الحيران ؛ أنظر د. بدران أبو العينين، الملكية والعقود، ص 343؛

تلحق ملاك الأراضي التي يتقرر عليها حق المرور ؛[1] غير أنه لا يجوز لمالك العقار المرتفق به العمل على الإنتقاص من استعمال حق الإرتفاق، ولا تغيير الوضع القائم ؛[2] كما أنه ليس لأحد أن يحدث فيه ما فيه ضرر بالمرور، كإنشاء بناء أو إقامة حاجز أو دكة أو شرفة واطئة أو مظلة أومصطبة مما يشغل حيزا من الطريق، ويضيق من سعته ويعرقل المرور فيه ؛ وعند النزاع في وجود الضرر من عدمه يرجع ولي الأمر لإستئذانه أو لفض الخصومة.[3]

أ- شروط وجود حق المرور

يشترط لتقرير حق المرور في القانون المدني الجزائري : وجود أرض محصورة عن الطريق العام (م 693 من ق.م)، وألا يكون هذا الحصر راجعا إلى فعل المالك لا يقتضيه الإستغلال المعقول (م 695 من ق.م)، كتجزئة العقار بناء على تصرف قانوني أو بفعل مادي ؛ وشرح ذلك على النحو التالي :

أولا : أن تكون الأرض محصورة عن الطريق العام :

بأن تكون الأرض محصورة، أن بمعنى محبوسة عن الطريق العام، وفقا لأحكام المادتين 693 و694 من ق.م، إنحباسا كليا أو جزئيا، فعليا ومستمرا ؛ وهو ما من شأنه عرقلة إستعمالها وإستغلالها لإنحباسها، مما يتطلب نفقة باهظة أو مشقة كبيرة.

وهذا هو الشرط الرئيس الجوهري لوجود حق المرور للعقار المحصور ؛ وعلى قضاة الموضوع التحقق من وجود الأرض المحصورة فعليا، وعدم وجود ممر يصلها بالطريق العام، أو أن الممر الموجود غير كاف للمرور وفقا لأحكام المادة 693 من ق.م، قبل الفصل في قضايا حق المرور ؛[4]

---

[1] - د. بلحاج العربي، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، المرجع المذكور، فقرة 146 و146، ص 150 ما بعدها.

[2] - المحكمة العليا، غ.ع، 2000/04/26، ملف رقم 195764 مجع، 2004، عدد خاص، ج2، ص 411.

[3] - الكاساني، بدائع الصنائع، ج6، ص 264 ؛ إبن الهمام، فتح القدير، ح5، ص 505 ؛ وراجع سابقا أحكام الطريق الخاص المشترك ضمن الصور الخاصة للملكية الشائعة.

[4] - "من المقرر قانونا، أنه يجوز لمالك الأرض المحصورة التي ليس لها أي ممر يصلها بالطريق العام، أو كان لها ممر ولكنه غير كاف للمرور، أن يطلب حق المرور على الأملاك المجاورة، مقابل دفع تعويض يتناسب مع الأضرار التي يمكن أن تحدث من جراء ذلك. ومن ثم، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد إساءة لتطبيق القانون.

ويستوي أن تكون الأرض المحبوسة المحصورة أرض بناء أو أرضا زراعية، أو مسكنا أو مصنعا أو مخزنا أو متجرا أو حظيرة مواشي أو دواجن، لأن نص المادة 693 من ق.م في مقتضياته جاء عاما.

وبذلك **يخضع حق المرور في وجوده وفي مداه لحاجات إستعمال العقار المحبوس واستغلاله، فهو يرتبط بالإنحباس وجودا وزوالا ومقدارا**؛[1] فعند وجود الإنحباس يوجد حق المرور بالقدر المعقول الذي يزيل الإنحباس، بشرط ألا يصيب المالك من وراء ذلك ضرر بليغ؛[2] وإذا زال الإنحباس يزول معه حق المرور بقوة القانون. فإن انعدام حالة الحصر، كوجود طريق مفتوح متصل بالطريق العمومي يؤدي إلى الأرض أو السكن، لا تجيز المطالبة بحق المرور على الأملاك المجاورة من الناحية القانونية.[3]

فإذا كان العقار المحصور محاطا من جميع الجهات بعقارات مملوكة للغير وتعذر إستغلاله والإنتفاع به، أو كان الممر إليه وعرا، أو غير كاف، أو يتطلب مشقة كبيرة أو نفقات باهضة للوصول إلى الطريق العام؛ وهي مسألة وقائع يستقل بتقديرها قضاة الموضوع، دون رقابة من محكمة النقض، متى أقاموا حكمهم على أسباب سائغة.[4] ويجوز قانونا طلب فتح ممر (إرتفاق المرور)، درءا لخطر محدق، كتدبير مؤقت، أمام قاضي الإستعجال.[1]

ولما كان من الثابت في قضية الحال، أن قضاة المجلس لم يتحققوا من وجود ممر آخر للمدعي في الطعن يصله بمنزله، وأمروا بغلق الممر بحجة أن المدعي لا يجوز له بسند شرعي؛ فيكونوا بقضائهم كما فعلوا أساؤوا تطبيق القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه."
راجع **المحكمة العليا**، غ.م، 1989/03/15، ملف رقم 50516، غير منشور.

[1]- Voir Planiol (M) et Ripert (G),Traité Pratique du droit civil Français, T.3 , N° 93.

[2] - "يجب أن يؤخذ حق المرور وفقا للمادة 696 من ق.م.ج، من الجهة التي تكون فيها المسافة بين العقار والطريق العام ملائمة، والتي تحقق أقل ضرر بالملاك المجورين." أنظر **المحكمة العليا**، 1989/11/15، ملف رقم 55985، منشور في القانون المدني، مطبعة بيرتي، 2013، ص 156.

[3] - " حيث وبالرجوع إلى القرار المطعون فيه، والمستندات المرفقة به، وخاصة منها تقرير الخبرة، يتبين أن الطاعنين لهم طريق آخر غير الذي ينصب عليه النزاع، وهذا الممر متصل بالطريق العمومي وهو مفتوح منذ سنتين، مما يجعل هؤلاء الطاعنين غير محصورين؛ وبالتالي تكون شروط المادة 693 من ق.م.ج غير مستوفية في طلبهم. ومن ثم، فالوجه المثار غير سديد، ويترتب على ذلك رفض الطعن برمته."
المحكمة العليا، غ.م، 1996/02/23، ملف رقم 130005؛ 1992/12/23، ملف رقم 96748، ذكرهما أ. **عمر بن سعيد**، الإجتهاد القضائي وفقا لأحكام ق.م.ج، 2001، ص 230 و231.

[4] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2002/05/22، ملف رقم 229229؛ 2000/04/26، ملف رقم 195764؛ 1999/03/17، ملف رقم 179572؛ 1991/07/28، ملف رقم 79360، م.ق،

ثانيا : الا يكون الحصر راجعا إلى فعل المالك :

بأن لا يكون الإنحباس ناشئا عن فعل إرادي من مالك الأرض المحصورة، وفقا لمقتضيات المادة 695 من ق.م، إذ **لا يجوز أن يقيد المرء بإرادته حقا لغيره**؛[2] كأن يقوم مالك الأرض المحصورة بتجزئة العقار بناء على إرادته وفعله بتصرف قانوني، أو كتنازله عن حق إرتفاق بالمرور كان مقررا له على أرض جاره.[3] وقد يتحقق الإنحباس بفعل مادي يقوم به المالك، كأن يقيم بناء في المنفذ الوحيد الذي يوصل أرضه إلى الطريق العام، فلا يجوز له في هذه الحالة أيضا أن يطلب حق المرور على أرض غيره.[4]

فقد نصت المادة 695 من ق.م صراحة على أنه : "**لا يجوز لمالك الأرض المحصورة، أو التي لها ممر كاف على الطريق العام، أن يطلب حق المرور على أرض الغير، إذا كان الحصر ناتجا عن إرادته هو**؛ وليس له أن يطالب أيضا بحق المرور إذا كان يتمتع إما بحق المرور على وجه الإتفاق، وإما بحق المرور على وجه الإباحة، ما دام المرور الإتفاقي لم ينقض بعد وحق الإباحة لم يزل."

وعل هذا، فإن العقار الذي يكون متصلا إتصالا كافيا بالطريق العام، ثم يقوم مالكه بتجزئته بتصرف إرادي من طرفه، يكون من شأنه

1994، العدد3 ؛ 1989/03/15، ملف رقم 50516، غير منشور ؛ 1989/11/15، ملف رقم 54474، م.ق، 1990، العدد2 ؛ 1985/03/06، ملف رقم 33524، م.ق، 1990، العدد1.
وراجع نقض مدني مصري، 1974/12/31، م.أ.ن، س 25، ص 1547 ؛ 1944/12/21، رقم 97، س 13 ق ؛ 1942/01/29، رقم 46، س 11 ق ؛ تمييز مدني اردني، 1989/03/26، رقم 89/45، م.ن.م، 1990، ص 2219.

[1] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2005/01/19، ملف رقم 294009 ؛ غير منشور.

[2] - :"من المقرر قانونا، أنه لا يجوز لمالك الأرض المحصورة، طلب حق المرور على أرض الغير، إذا كان الحصر ناتجا عن إرادته، وفقا لنص المادة 695 من ق.م."
أنظر **المحكمة العليا**، غ.ع، 2005/03/23، ملف رقم 303259، م.م.ع، 2005، عدد1، ص261 ؛ 2000/04/26، ملف رقم 195764، م.ق، 2000، العدد2، ص 159 ؛ 1985/03/06، ملف رقم 33524، م.ق، 1990، العدد1، ص 30.

[3] - **نقض مدني مصري**، 1974/12/31، م.أ.ن، س 25، ص 1547.

[4] - **أنظر أ. بلعربية فاطمة الزهراء**، إرتفاق المرور، البحث المذكور، م.م.ع، عدد خاص، ج2، 2004، ص 34 وما بعدها.

أن يجعله محصورا، أو أن يحبس جزءا منه عن الطريق العام؛ مما يتوجب أن يتقرر على الأجزاء الأخرى، كما كان الأمر قبل تجزئة العقار.[1]

وفي هذا السياق أيضا، تجدر الملاحظة إلى أنه: **إذا كانت الأرض المحصورة نتيجة تجزئة عقار، بسبب بيع أو هبة أو مبادلة أو قسمة، أو من أي معاملة أخرى، فلا يطلب حق المرور إلا على الأرض محل المعاملة.**[2]

فلا يطلب حق المرور في حالة الحصر، الناجم عن تجزئة عقار، بسبب معاملة، إلا على الأراضي المشمولة بتلك المعاملة، وفقا لمقتضيات المادة 697 من ق.م؛[3] كأن يبيع المالك جزءا من العقار ويستبقي الجزء الآخر، فيترتب على هذه التجزئة أن يصبح جزء من هذا العقار محصورا، فلا تجوز له المطالبة بحق المرور إلا في هذه الأجزاء من العقار، ولا تجوز هذه المطالبة أيضا في الأراضي المجاورة لها.[4]

وهو ما نصت عليه صراحة المادة 697 من ق.م بقولها: "**إذا كانت الأرض المحصورة ناتجة عن تجزئة عقار، بسبب بيع أو مبادلة أو قسمة، أو من أي معاملة أخرى؛ فلا يطلب حق المرور إلا على الأراضي التي تشملها تلك المعاملات.**"

ب- أحكام تقرير حق المرور

إذا تحقق الإنحباس وفقا لما أشرنا، ثبت لمالك الأرض المحصورة حق المرور على الأملاك المجاورة بقوة القانون مقابل دفع تعويض (م 693 من

---

[1] - "من المقرر قانونا وفقا للمادة 695 من ق.م.ج، **أنه لا يجوز لمالك الأرض الحصورة أو التي لها ممر كاف على الطريق العام، أن يطلب حق المرور على أرض الغير، إذا كان هذا الحصر ناتجا عن إرادته** هو. ومن ثم، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ، يعد خرقا للقانون يستوجب النقض.
ولما كان ثابتا في قضية الحال، أن الطاعن أكد أنه حفر الخندق المتنازع من أجله دون معارضة المطعون ضده، قبل بنائه المرأب وبعد بنائه المسكن، وأن عدم توفر هذا الأخير على فتحه تؤدي إلى البناء المذكور تكون بالتالي من فعل إرادته؛ وبما أن قضاة الإستئناف لم يتطرقوا لهذه النقطة في عناصر الدعوى لاستخراج طابع الحصر المحتج به، وتطبيق النص القانوني المناسب، مكتفين بالقضاء بحق الإشتراك في المرور؛ فإنهم بقضائهم هذا خرقوا القانون، مما يستوجب معه نقض القرار المطعون فيه."
أنظر المحكمة العليا، 1985/03/06، ملف رقم 33524، المشار إليه.

[2] - المحكمة العليا، غ.ع، 2000/04/26، ملف رقم 195764؛ 1991/07/28، ملف رقم 79360، م.ق، 1994، العدد3؛ 1991/07/28، ملف رقم 79360، م.ق، 1994، العدد3، ص 168؛ 1989/11/15، ملف رقم 55985، م.ق، 1991، العدد1، ص 27.

[3] - المحكمة العليا، غ.ع، 2005/09/14، ملف رقم 311362.

[4] - المحكمة العليا، 2002/05/22، ملف رقم 229229، م.م.ع، 2004، عدد خاص، ج2، ص 422.

ق.م)،[1] بالقدر اللازم لإستغلال أرضه المحبوسة واستعمالها على الوجه المألوف، دون حاجة إلى طلبه في وقت معين (م 696 من ق.م)؛[2] وذلك بشرط الا يكون الحصر بفعل إرادته هو، لأنه لا يحق لشخص ما وبفعله وحده، فرض إرتفاق بدون مسوغ على أرض الغير، وفقا لأحكام المادة 695 من ق.م.[3]

وينشأ حق المرور عن الموقع الطبيعي للأمكنة، أو من الإلتزامات المقررة قانونا أو من الإتفاقات الحاصلة بين المالكين في مجال حق المرور حتى في غياب حالة الحصر، أو يكتسب بعقد، أو بالميراث، أو بالتقادم إذا كانت الحيازة قانونية ومتواصلة بتوافر الشروط المحددة قانونا، وفقا للمادتين 827 و1/868 و2 من القانون المدني.

فإنه يبقى هذا الحق ما دامت حالة الإنحباس موجودة، فلا يسقط بالتقادم طالما ظلت حالة الإنحباس قائمة؛[4] لأن الحصر المستمر يخول السند الذي يمكن من إعمال التقادم وفقا للمادة 827 من ق.م؛[5] **إلا إذا كان المرور نتيجة إباحة أو على سبيل التسامح من صاحب الأرض طبق للإستثناءات الثلاثة المقررة في المادة 695 من ق.م،** فإن له الرجوع عن إباحته، لأن الإباحة تبرع، والتبرعات غير لازمة قانونا؛ فلا تصلح أن تكون وقائع يحتج بها للمطالبة باكتساب حق المرور بالتقادم (م 858 من ق.م).[6]

---

[1] - **المحكمة العليا**، غ.م، 1989/03/15، ملف رقم 50516؛ م.ق، 1991، العدد 4، ص 61.

[2] - **المحكمة العليا**، غ.م، 1997/06/25، ملف رقم 148810، م.ق، 1997، العدد 1، ص 190؛ 1992/06/16، ملف رقم 90943، م.ق، 1995، العدد1، ص 101؛ 1985/03/06، ملف رقم 33524، م.ق، 1990، العدد1، ص 30؛ 1989/03/15، ملف رقم 50516؛ المشار إليه؛ 1989/11/15، ملف رقم 54474، م.ق، 1990، العدد2، ص29.

[3] - **المحكمة العليا**، 1999/03/17، ملف رقم 179572؛ 1996/02/23، ملف رقم 130005، مشار إليه في الإجتهاد القضائي للأستاذ **عمر بن سعيد**، ص 230؛ 1992/12/23، ملف رقم 96748، المرجع نفسه، ص 230؛ 1992/06/03، ملف رقم 86444، م.ق، 1993، العدد 4، ص 46؛ 1989/03/15، ملف رقم 50516؛ المشار إليه؛ 1985/03/06، ملف رقم 33524، المشار إليه.
راجع أ. **بلعربية فاطمة الزهراء**، إرتفاق المرور، البحث المذكور، م.م.ع، عدد خاص، ج2، 2004، ص 36 وما بعدها.

[4] - تعليق د. **رمضان زرقين**، على **المحكمة العليا**، غ.ع، 2002/05/22، ملف رقم 229229، مذكور سابقا؛ 2002/03/20، ملف رقم 226568، إ.ق.غ.ع، عدد خاص، 2004ج2، ص 61؛

[5] - Voir Ramdan (Z), Quelques aspects de la servitude de passage, Rev. Cour suprême, 2004, N° Spécial, t.2, P 81.

[6] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2011/05/12، ملف رقم 658179، م.م.عن، 2011، عدد2، ص 160؛ 2006/04/12، ملف رقم 349406، م.م.ع، 2006، العدد2، ص407؛ 1998/10/28، ملف

فلا يجوز المطالبة قانونا بحق المرور، إلا إذا كانت الأرض محصورة، ليس لها أي ممر يصلها بالطريق العام، أو كان لها ممر غير كاف للمرور (م 693 و694 و695 من ق.م)، [1] وعلى قضاة الموضوع التأكد من وجود حالة الحصر من عدمها. [2]

فيتم تعيين الممر وطريقة المرور بالإتفاق بين المالكين، بما يحقق مصالح الطرفين، بأن يكون المرور في العقار الذي يختاره أخف ضررا على الملاك المجاورين، مقابل تعويض عادل يستحقه مالك الأرض المثقلة بحق المرور. ويجب على صاحب حق المرور أن يراعي في إستعمال حقه ما تقضي به التشريعات الجاري بها العمل، المتعلقة بالمصلحة العامة أو المصلحة الخاصة. [3]

فإذا تعذر الإتفاق بين الطرفين بشأن تعيين الممر وطريقة المرور، جاز لمالك الأرض المحصورة اللجوء إلى القضاء لتحديدها ؛ وتعين على القاضي تعيين الممر الذي يكون فيه المرور أخف ضررا من المرور في العقارات الأخرى، بالقدر اللازم لإستغلال الأرض المحبوسة واستعمالها على الوجه المألوف. [4] وهي فائدة المرور بأن يؤخذ حق المرور من الجهة التي تكون فيها المسافة بين العقار والطريق العام ملائمة، بما يحقق أقل ضرر بالأرض المجاورة. وهو ما جرى عليه الإجتهاد القضائي للمحكمة العليا. [5]

رقم 181874، م.ق، 1999، العدد1، ص76 ؛ 1985/03/06، ملف رقم 33524، مذكور سابقا ؛ نقض مدني مصري، 1945/01/11، م.ق، قاعدة 34، ص 450.

1 - المحكمة العليا، غ.م، 1989/11/15، ملف رقم 54474، م.ق، 1990، العدد2، ص 29.

2 - المحكمة العليا، غ.م، 1996/02/23، ملف رقم 130005 ؛ 1992/12/23، ملف رقم 96748، ذكرهما أ. عمر بن سعيد، الإجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني، 2001، ص 230 و231 ؛ 1989/11/15، ملف رقم 54474، المشار إليه.

3 - المحكمة العليا، 1997/06/25، ملف رقم 148810، م.ق، 1997، العدد1، ص 190.

4 - أنظر أ. بلعربية فاطمة الزهراء، إرتفاق المرور، البحث المذكور، ص 32 ؛ د. رمضان زرقين، عن بعض جوانب إرتفاق المرور، الإجتهاد القضائي للغرفة العقارية للمحكمة العليا، م.م.ع، عدد خاص، ج2، 2004، ص 51.

Voir Belarbia (F-Z), Réflections sur la servitude de passage, Rev. Cour suprême, N° Spécial, t.2, 2004, P 42 .

5 - يجب قانونا ان يوخذ حق المرور من الجهة التي تكون فيها المسافة بين العقار والطريق العام ملائمة، بما يحقق اقل ضرر بالملاك المجاورين للأرض المحصورة.

المحكمة العليا، غ.ع، 2002/05/22، ملف رقم 229229 ؛ 2000/04/26، ملف رقم 195764 ؛ 1999/03/17، ملف رقم 179572 ؛ 1991/07/28، ملف رقم 79360، م.ق، 1994، العدد3 ؛

فقد أشارت المادة 696 من ق.م إلى ذلك بقولها : "يجب أن يؤخذ حق المرور، من الجهة التي تكون فيها المسافة بين العقار والطريق العام ملائمة، والتي تحقق أقل ضرر بالملاك المجاورين".

ومن ثم، يجوز لقضاة الموضوع في المنازعات المتعلقة بحق المرور، الإستعانة بالخبرة العقارية والمحضرين القضائيين، لمعرفة مدى الإنحباس في العقار المحصور، وتحديد الجهة التي تكون فيها المسافة بين العقار والطريق العام ملائمة، والتي تحقق أقل ضرر بالملاك المجاورين.[1]

وعلى المحكمة المختصة تحديد ما يدفع مقابل إستعمال هذا الحق، أي تحديد مقدار التعويض وطريقة دفعه، بأن يكون تعويضا عادلا عن الأضرار التي تلحق بمالك الأرض التي يثبت عليها حق المرور بقوة القانون ؛

1989/03/15، ملف رقم 50516 ؛ 1989/11/15، ملف رقم 54474، م.ق، 1990، العدد2 ؛ 1989/11/15، ملف رقم 55885، م.ق، 1991، العدد1، ص 27 ؛ 1985/03/06، ملف رقم 33524، م.ق، 1990، العدد1، ص 30

" من المقرر قانونا وفقا للمادة 696 من ق.م.ج، انه يجب أن يؤخذ المرور من الجهة التي تكون فيها المسافة بين العقار والطريق ملائمة، والتي تحقق أقل ضرر بالملاك المجاورين. ومن ثم، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقانون.

ولما كان من الثابت في قضية الحال، أن أرض الطاعن أصبحت محصورة بعد إنجاز الطريق الجديد من قبل مصالح الطرقات والجسور ؛ وأن الخبير بين أن الجهة التي تؤدي إلى الطريق لا تحدث ضررا للجار. ومن ثم، فإن قضاة الإستئناف بإلغائهم الحكم المستأنف لديهم، وبقضائهم من جديد برفض طلب الطاعن، يكونوا قد خالفوا القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه."

أنظر المحكمة العليا، 1989/11/15، ملف رقم 55985، م.ق، 1991، العدد1، ص 27 ؛ وراجع أيضا القرارات الصادرة عن الغرفة العقارية: 2000/11/22، ملف رقم 200495، إ.ق.غ.ع، م.ق، عدد خاص، 2004، ج2، ص 216 ؛ 2002/02/20، ملف رقم 225806 ؛ 2002/03/20، ملف رقم 226568 ؛ مشار إليه في القانون المدني الجزائري معلقا عليه بالإجتهادات القضائية للمحكمة العليا، مطبعة بيرتي، 2013، ص 157 و158.

[1] - المحكمة العليا، غ.م، 1996/02/23، ملف رقم 130005 ؛ 1992/12/23، ملف رقم 96748، ذكرهما أ. عمر بن سعيد، الإجتهاد القضائي، ص 230 و231 ؛ 1989/11/15، ملف رقم 54474، م.ق، 1990، العدد2، ص 29.

" حيث ثبت لقضاة الإستئناف من خلال الخبرة المجراة، أن مسكن الطاعن غير محصور، وله ممر آخر يمر منه، فمنعوه من استعمال الممر المتنازع عليه ؛ فإنهم بقضائهم كما فعلوا إلتزموا صحيح القانون، ومتى كان كذلك إستوجب رفض الطعن".

المحكمة العليا، غ.م، 1991/07/28، ملف رقم 79360، م.ق، 1994، العدد 3، ص 168 ؛ 1989/11/15، ملف رقم 55985، م.ق، 1991، العدد 1، ص 27 ؛ 1989/11/15، ملف رقم 54474، م.ق، 1990، العدد2 ؛ 1996/02/23، ملف رقم 130005 ؛ 1992/12/23، ملف رقم 96748، ذكرهما أ. عمر بن سعيد، الإجتهاد القضائي وفقا لأحكام ق.م.ج، ص 230 و231.

فقد يكون مبلغا يدفع مرة واحدة، أو يدفع على أقساط، أو يكون عن كل فترة من فترات الإنتفاع بالممر وفقا لأحكام المادة 701 من ق.م.

فلا يجوز للقاضي أن يأمر بفتح الممر موضوع النزاع في جميع الحالات، بدون التأكد من حالة الحصر، مما إذا كانت الملكية محصورة، أو مما إذا كان للمدعي سند بخصوص هذا الممر، لأنه سيمس عندئذ بحق ملكية الغير، ويقيد حق ملكية الغير بثقل بدون تعويض عادل.[1] فلا يمكن القضاء بفتح ممر، دون تحديد طبيعة الدعوى المرفوعة، هل هي دعوى حيازة وفقا للمادة 702 من ق.م، أم هي دعوى حماية حق إرتفاق مثقل للملكية طبقا للمادة 868 من نفس القانون.[2]

فإذا استمر صاحب حق المرور على استعمال الممر مدة خمس عشرة سنة، يستقر حقه في المرور في هذا الممر، فلا يجوز بعد ذلك لمالك العقار الذي يقع به الممر أن يطلب إلغائه أو نقله أو تعديله، مما يؤدي إلى الإنتقاص من استعمال حق الإرتفاق، أو أن يجعله شاقا، كما أنه لا يجوز له تغيير الوضع القائم وفقا للمادة 875 من ق.م ؛[3] وذلك **لأن حيازة الممر الذي يستعمله صاحب العقار المحصور لمدة خمس عشرة سنة (15) سنة، يعد بمثابة سند ملكية الإرتفاق، ويصبح تابعا للعقار الذي أنشئ من أجله** (م 691 و698 و699 و700 إلى 702 من ق.م).[4] ومن ثم، فإن دعوى عدم التعرض للمرور، هي دعوى حيازية من الناحية القانونية، يتمتع المستأجر فيها بصفة التقاضي.[5]

---

[1] - أنظر أ. **بلعربية فاطمة الزهراء**، إرتفاق المرور، البحث المذكور، ص 36.
[2] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2002/02/20، ملف رقم 225806، إق.غ.ع، 2004، ج2، ص 419.
[3] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2002/04/26، ملف رقم 195764، إق.غ.ع، 2004، ح2، ص 411 ؛
2002/10/23، ملف رقم 239277، تعليق د. **رمضان زرقين**، إق.غ.ع، عدد خاص، 2004، ج2، ص 64.
أنظر د. **رمضان زرقين**، عن بعض جوانب إرتفاق المرور، الإجتهاد القضائي للغرفة العقارية للمحكمة العليا، م.م.ع، عدد خاص، ج2، 2004، ص 57 وما بعدها.
[4] - تعليق د. **رمضان زرقين**، على **المحكمة العليا**، غ.ع، 2002/05/22، ملف رقم 229229، مذكور سابقا ؛ 2002/03/20، ملف رقم 226568، إق.غ.ع، عدد خاص، 2004ج2، ص 61 ؛ غ.م، 1992/06/03، ملف رقم 86444، م.ق، 1993، العدد4، ص 46 ؛ 1989/11/15، ملف رقم 54474، م.ق، 1990، العدد2، ص 29.
[5] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2005/01/18، ملف رقم 290975.

فإن توافر شروط إكتساب حق المرور بالتقادم المكسب، تغني عن البحث في مدى توفر حالة الحصر.[1] فلا يزول إرتفاق المرور، بعد توافر أجل التقادم المكسب، بزوال الحصر بصفة مؤقتة أو نهائية.[2] غير أنه لا يكتسب حق الإرتفاق بالتقادم على أساس تصريحات سكان المنطقة،[3] ولا على أساس بيان مسح الأراضي (م 868 من ق.م).[4]

فإذا كان إرتفاق المرور قد تقرر بالحيازة لصالح العقار المحصور، فإنه لا يزول بتوقف الحصر الذي كان السبب الأصلي فيه عارضا كان أو نهائيا ؛ كما أنه ليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة.

فقد نصت المادة 699 من ق.م على أن: " حيازة الممر الذي يستعمله صاحب العقار المحصور لمدة خمس عشرة سنة، يعد بمثابة سند ملكية للإرتفاق، ويصبح تابعا للعقار الذي أنشئ من أجله ؛ وإذا كان إرتفاق المرور قد تقرر بالحيازة لصالح العقار المحصور، فإنه لا يزول بتوقف الحصر الذي كان السبب الأصلي فيه عارضا كان أو نهائيا."

وعلى هذا، فإن إرتفاق المرور في حالة العقار المحصور، ولو كان غير متواصل، تترتب قانونا عليه دعوى الحيازة ؛ حتى ولو لم يتم لصاحب العقار المحصور التقادم من حيث القاعدة والكيفية التي يتم بهما حق الإرتفاق (م 702 من ق.م). ومن ثم، فإن الممر الذي يكون لكل المارين لا يجوز إلغائه بالتقادم، لكون حق الإرتفاق مرتبط بحق الملكية التي تشكل الحيازة إحدى عناصرها (م 691 و699 من ق.م)[5].

---

[1] - المحكمة العليا، غ.ع، 2005/02/23، ملف رقم 299255.

[2] - المحكمة العليا، غ.ع، 2004/07/21، ملف رقم 264490.

[3] - المحكمة العليا، غ.ع، 2004/06/23، ملف رقم 249614.

[4] - المحكمة العليا، غ.ع، 2004/06/23، ملف رقم 232135.

[5] - المحكمة العليا، غ.ع، 2000/11/22، ملف رقم 200495، إ.ق.غ.ع، م.ق، عدد خاص، 2004، ج2، ص 216 ؛ 2002/02/20، ملف رقم 225806 ؛ 2002/03/20، ملف رقم 226568 ؛ منشورة في القانون المدني الجزائري معلقا عليه بالإجتهادات القضائية للمحكمة العليا، مطبعة بيرتي، 2013، ص 157 و158 ؛ غ.م، 1992/06/03، ملف رقم 86444، م.ق، 1993، العدد4، ص 46.

فإذا سكت صاحب الأرض التي يتقرر عليها حق المرور عن المطالبة بحقه في التعويض عن مرور جاره، ومضى على ذلك خمس عشرة سنة من وقت مباشرة الجار المرور، يسقط حقه في المطالبة بالتعويض (م 700 من ق.م).[1]

ثانيا : حق الشرب

الشرب (بكسر الشين) لغة بمعنى النصيب من الماء، ومنه قوله تعالى : "هذه ناقة لها شرب ولكم شرب معلوم" أي النصيب المستحق من الماء ؛[2] أما في الإصطلاح الشرعي فهو النصيب من الماء اللازم لسقي الزرع والشجر، أو نوبة الإنتفاع بالماء بين عدة أشخاص من مصدر واحد لمدة معينة لسقي الأرض أو الغرس.

أ- ماهية حق الشرب

المقصود به حق مالك الأرض الزراعية أن يروي أرضه من جدول أو مجرى ماء خاص مملوك لشخص آخر، وبهذا يعتبر حق الشرب قيدا على إستئثار المالك بملكه ؛ لأن الأصل أن له الإنتفاع بها وحده، إلا أنه يجبر قانونا على تمكين غيره من الإنتفاع بها.[3] فهو مقرر فقط للملاك المجاورين، يتقرر للأراض المجاورة إستعمال المساقاة في ري أراضيهم بإذن مالكها، وبشرط أن يشتركوا في نفقات إنشائها وصيانتها وإصلاحها بحسب مساحة أراضيهم التي تنتفع بها.[4] فإنهم لا يصبحون شركاء في ملكية مجرى الماء، بل يظل المجرى مملوكا ملكية خاصة للمالك، ويبقى المالك مقدما في استعماله على هؤلاء جميعا.[5]

---

[1] - المحكمة العليا، غ.ع، 2000/06/28، ملف رقم 200906، إ.ق.غ.ع، م.ق، عدد خاص، 2004، ج2، ص 415.

[2] - سورة الشعراء، الآية 155. والضمير في لها يعود على ناقة سيدنا صالح عليه السلام، وأما في لكم فيعود على قومه ؛ وفي الآية الكريمة دلالة على جواز قسمة الشرب بالأيام أو لمدة معينة.

[3] - المحكمة العليا، غ.م، 1988/05/11، ملف رقم 53572، م.ق، 1991، العدد2، ص 17.

[4] - المادة 808/ 811 مدني مصري، و1292/ 1297 مدني أردني، و1383/ 1387 مدني إماراتي. ويقتصر الإشتراك في النفقات اللازمة لشق مجرى الماء أو الجدول، وكذا في القيام بالإصلاحات الضرورية كل بنسبة حصصهم، أي بنسب مساحة أراضيهم التي تنتفع بها ؛ وليس في الإشتراك في تعويض المالك عن قيمة الجزء من الأرض التي شقت فيها الجداول. أنظر د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج8، فقرة 446 ؛ د. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، ص 74 ؛ د. نبيل سعد، الحقوق العينية الأصلية، ص 57.

[5] - نقض مدني مصري، 1980/02/21، م.أ.ن، س 31، ص 573.

فإذا استوفى مالك مجرى الماء حاجته أولا، يلتزم قانونا بتمكين الجيران المجاورين من ري أرضهم بإذنه من مجاري الماء ؛ ولا يجوز لأحد الشركاء في موارد المياه المشتركة أن يشق منها فرعا إلا بإذن باقي الشركاء، فتطبق عليهم عندئذ أحكام الشيوع.[1]

وحق الشرب في الفقه الإسلامي يشمل نوعين من الحقوق : حق سقي الزرع والشجر، وحق شرب الإنسان والحيوان (وهو حق الشفة، وهو حق شرب الماء لإيصاله إلى الجوف، بما يدفع عنه العطش والوضوء).[2] وحق شرب الماء يثبت لكل واحد من الناس، لقوله صلى الله عليه وسلم :" الناس شركاء في ثلاث : الماء والكلأ والنار ؛"[3] ومن ثم لا يجوز بيع الماء إلا ما كان حمل منه أو كان مخصصا، لما رواه جابر بن عبد الله رضي الله عنه : "أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع فضل الماء إلا ما حمل منه."[4]

ب- أحكام حق الشرب

إذا كانت الأنهار والينابيع وفروعها وجداولها من المياه العامة التي تشقها الدولة وتنشئها للنفع العام، فهي مخصصة للمنفعة العامة وتدخل في نطاق القانون الإداري ؛ وجاز لكل شخص الإنتفاع بها لنفسه ودوابه وزروعه وأشجاره، بشرط عدم الإضرار بالغير، واستعمالها واستغلالها وتوزيعها وفقا لما تقضي به القوانين واللوائح والأنظمة الخاصة.[5]

---

[1] - المادة 40 من مرشد الحيران، و1269 من مجلة الأحكام العدلية، و1295 مدني أردني، و1385 مدني إماراتي.

[2] - الكاساني، البدائع، ج6، ص 188 ؛ إبن قدامة، المغني، ج5، ص 531 : إبن عابدين، رد المحتار، ج5، ص 291 ؛ علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، ص 144 : محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، ص 78 وما بعدها.

[3] - رواه أحمد وأبو داود ؛ أنظر سبل السلام للصنعاني، ج3، ص86.

[4] - رواه الخمسة إلا ابن ماجة.

[5] - الأرض ملك لمن يخدمها، وتعتبر جميع موارد المياه ملك للجماعة الوطنية. المادة 692 مدني جزائري، و1293 مدني أردنيو 1383 مدني إماراتي.

"من المقرر قانونا أن جميع موارد المياه تعتبر ملكا للجماعة الوطنية، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه مخالفة القانون غير وجيه. ولما كان من الثابت في قضية الحال، أن قضاة الإستئناف لما حكموا على الطاعن بالسماح للمطعون ضده بسقي أرضه وبستانه من مجرى المياه المتنازع فيه، فإنهم يكونوا قد طبقوا القانون التطبيق الصحيح ؛ ومتى كان كذلك إستوجب رفض الطعن."

وقد اعتبر القانون المدني الجزائري في المادة 2/692 و3 من ق.م، على أنه: **تعتبر جميع موارد المياه ملكا للجماعة الوطنية، أي ملك من أملاك الدولة**، ولا تعتبر بأي حال ملكية خاصة يمكن الإستحواذ عليها بالإستيلاء؛ وتحدد النصوص الخاصة كيفية البحث والتوزيع واستعمال واستغلال المياه.

فلا يجوز حرمان أحد من الشرب وسقي أرضه وبستانه من مجرى المياه، لأن **مياه المنابع تشكل جزءا من الملكية العامة للري**، وأن المياه الطبيعية باعتبارها ملكية عامة تستغل بموجب عقد إمتياز (م 2 و20 من القانون رقم 17/83)؛ وهو ما سار عليه إجتهاد المحكمة العليا؛[1] وهو ما نظمه المشرع الجزائري في المرسوم رقم 17/83 المؤرخ في 1983/07/16 المتضمن قانون المياه.[2] فلا يحكم بالعرف في المنازعات المتعلقة بالمياه، لوجود النصوص القانونية الخاصة التي تنظمها (م 44 من قانون المياه).[3]

ففي قرار مشهور للمحكمة العليا قضت بكل وضوح بأنه: "من المقرر قانونا، **أن مياه المنابع تشكل جزءا من الملكية العامة للري**، كما **أن جميع موارد المياه هي ملك للجماعة الوطنية (م 2/692 و3 من ق.م، و2 و20 من المرسوم رقم 17/83 المؤرخ في 1983/07/16 المتضمن قانون المياه)**؛ ومن ثم، تستغل المياه الطبيعية باعتبارها ملكية عامة بموجب عقود الإمتياز. فإن قضاة الموضوع قد تجاوزوا سلطتهم، وأخطأوا في تطبيق التشريع المعمول به، الذي يكرس حق المواطن في التموين بالمياه الصالح للشرب، مما يتعين معه التصريح بالنقض."[4]

أنظر **المحكمة العليا**، غ.م، 1988/05/11، ملف رقم 53572، م.ق، 1991، العدد 2، ص 17.

[1] - "من المقرر قانونا، أن **جميع موارد المياه تعتبر ملكا للجماعة الوطنية (م 2/692 من ق.م)**؛ ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير وجيه.
ولما كان من الثابت في قضية الحال، أن قضاة الإستئناف لما حكموا بالسماح للمطعون ضده بسقي أرضه وبستانه من مجرى المياه المتنازع عليه، يكونوا بقضائهم قد طبقوا القانون التطبيق الصحيح، ومتى كان كذلك إستوجب رفض الطعن."
أنظر **المحكمة العليا**، غ.م، 1988/05/11، ملف رقم 53572، م.ق، 1991، العدد1، ص 17.

[2] - **الجريدة الرسمية**، في عددها 30، لسنة 1983، ص 1270.

[3] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2005/05/18، ملف رقم 303690.

[4] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2009/02/11، ملف رقم 495696؛ 2001/07/25، ملف رقم 211512؛ غير منشورة.

وأما إذا كانت مياه المجاري من المياه الخاصة، وهي الجداول والينابيع والترع والعيون والآبار والمساقي التي أنشأها صاحب الأرض؛ فلكل إنسان حق الشرب منها لنفسه ودوابه، وليس لغير مالكه سقي أراضيه وغراسه إلا بإذن مالك المجرى، لأنه قد يترتب عليه ألا يجد صاحب الجدول أو البئر ما يسقي هو به زرعه.[1]

وفي نفس السياق، لا يثبت لأحد حق الإنتفاع بالماء المحرز في الأنابيب والصهاريج والحياض والجرار إلا برضا صاحب الماء، لأن شأنه شأن كل مباح يملك بالإحراز؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: "**من سبقت يده إلى مباح فهو له.**"[2]

وحق الشرب لا يصح التصرف فيه مستقلا، فهو حق تابع لا يباع إلا تبعا للأرض، ولا يوهب ولا يؤجر ولا يرهن مستقلا عن الأرض؛ غير أنه يورث لأنه حق مالي، كما أنه تجوز الوصية بالإنتفاع به.[3]

ثالثا: حق المجرى

المقصود به حق مالك الأرض البعيدة عن مورد المياه في أن تمر في أرض غيره المياه الكافية لري أرضه وغرسه. فيثبت حق المجرى لصاحب الأرض البعيدة، بمرور المياه من مصدرها البعيد عبر أرض الجوار، لتصل إلى أرض صاحب حق المجرى.[4]

فلا يجوز للجار مالك الأرض أن يمنع مرور الماء لسقي أرض جاره، وإلا كان له إجراؤه جبرا عنه؛ كما أنه لا يجوز له أن يمنع صاحب حق المجرى عن تعهده وإصلاحه دفعا للضرر عنه،[5] لأنه: "**لا ضرر ولا ضرار.**"[1]

---

[1] - المادة 40 من مرشد الحيران، و1267 و1268 من مجلة الأحكام العدلية، و1294 مدني أردني، و1056 مدني عراقي، و1385 مدني إماراتي.

[2] - رواه أبو داود والبيهقي والطبراني.

[3] - المادة 809 مدني مصري، و1387 مدني إماراتي.

[4] - المادة 809 مدني مصري، و1058 مدني عراقي، و1298- 1301 مدني أردني، و1384- 1390 مدني إماراتي.

[5] - المواد 43 و45 و53 من مرشد الحيران.

راجع الكاساني، البدائع، ج6، ص 190 وما بعدها؛ إبن عابدين، رد المحتار، ج5، ص 293؛ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، ص 87 وما يليها؛ د. وحيد سوار، الحقوق العينية الأصلية، ج1، ص 651.

ويشترط لثبوت حق المجرى للمالك أن تكون أرضه بعيدة عن مورد المياه، بسبب وجود أراضي أخرى تفصل بينهما، وأنه لا توافر لديه المياه الكافية لري أرضه ؛ مما يستوجب حق مرور المياه بما يكفي لريها من أرض الجار ؛[2] وهذا سواء أكان هذا المورد من موارد المياه العامة أو كان من موارد المياه الخاصة، بعد الحصول على ترخيص من الجهات المختصة تجيز له إنشاء فتحة لأخذ المياه من مورد المياه العام ؛ أو بمقتضى إتفاق مع مالك المسقاة الخاصة على أساس حق الشرب الذي رأيناه سابقا.[3]

كما أنه يجب على المالك الذي له حق المجرى، أن يدفع تعويضا عادلا مقدما لصاحب الأرض التي يمر فيها المجرى مقابل الإنتفاع بها، أي بما يتناسب مع ما يعود عليه من نفع. ويشمل التعويض مقابل الحرمان من الإنتفاع من الجزء الأراضي الذي يشغله المجرى، كما يشمل الأضرار التي تلحق مالك الأرض بسبب شق المجرى واستخدامه في أرضه.[4]

ويجب على صاحب حق المجرى أن يمنع أي ضرر عن الأرض التي يمر فيها الماء، وكذا الإلتزام بصيانة وإصلاح المجرى لرفع الضرر عن مالك الأرض، لأنه هو الذي ينتفع بإجراء الماء فيه، فيكون إصلاحه واجبا عليه ؛[5] فإذا امتنع جاز لصاحب الملك أن يقوم بالإصلاحات اللازمة والصيانة الضرورية على نفقة صاحب المجرى بالقدر المعروف.[6]

---

1 - رواه مالك في الموطأ مرسلا عن عمرو بن يحي عن أبيه عن النبي عليه الصلاة والسلام، ورواه بن ماجة والدارقطني مسندا عن سمرة بن جندب عن النبي صلى الله عليه وسلم ؛ وحسنه النووي في الأذكار ؛ أنظر نيل الأوطار للشوكاني، ج3، ص 67.

2 - لأن صاحب الملك أولى بالإنتفاع بملكه، غير أنه تكفي أن نكون الموادر المائية للأرض البعيدة غير كافية لثبوت حق المجرى، أي حق مرور المياه ما يكفي لريها من أرض الجار.
أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج6، ص 44 ؛ نقض مدني مصري، 1965/11/11، م.أ.ن، س 16، العدد3، ص 1044.

3 - المادة 808 مدني مصري.

4 - المادة 809 مدني مصري، و1390 مدني إماراتي.

5 - إذا أصاب الأرض ضرر من مجرى أو مصرف يمر بها، من جراء أعمال الإنشاء، ونقص قيمة الأرض نتيجة شق المجرى أو المسيل، أو عدم الإلتزام بالصيانة والإصلاح والتطهير ؛ فإن لمالك الأرض أن يطلب تعويضا كافيا عما أصابه من ضرر.
أنظر نقض مدني مصري، 1980/02/21، م.أ.ن، س 31، ص 573 ؛ 1965/11/11، س 16، العدد3، ص 1044 ؛ 1955/03/10، رقم 123، س 21 ق.

6 - المادة 1299 مدني أردني.

فإذا تعدد المنتفعون بالمجرى، وجب عليهم القيام بالإصلاحات الضرورية جميعا، وجاز إلزامهم قضاء بالإشتراك فيها بناء على طلب أي واحد منهم. أما إصلاح المجاري العامة التابعة للدولة، فتقع على الخزينة العامة (أي بيت المال)، لأن منفعتها لعامة الناس، لقوله صلى الله عليه وسلم : "الخراج بالضمان."[1]

رابعا : حق الصرف

المقصود بحق الصرف أو حق المسيل هو الحق الذي يسمح لمالك الأرض البعيدة في تصريف المياه غير الصالحة أو الزائدة عن حاجة أرضه، بمرورها في أرض الغير، وصولا إلى مصرف عمومي أو مصرف خاص مملوك لجاره.[2] ومن ثم، فإن حق الصرف هو أيضا قيد قانوني مفروض على ملكية عقار لمصلحة عقار آخر؛[3] وحكمه مثل حق المجرى بيس لأحد منعه إلا إذا حدث ضرر واضح، لأن الضرر يزال ولو كان قديما.[4] فيثبت حق الصرف قانونا حق الصرف للمالك الذي لا يتوافر لديه مصرف كاف لصرف المياه غير الصالحة أو الزائدة عن الحاجة، بمرورها في حق الغير مقابل تعويض مناسب.[5]

وبهذا يختلف حق الصرف عن حق المجرى المشار إليه سابقا : في أن الأخير يهدف إلى جلب المياه الصالحة للشرب أو لسقي الأرض البعيدة عن مورد المياه أي كان، لتمر مياه الري عبر أرض جاره أو جيرانه حتى تصل إلى أرضه ؛ أما الأول فغرضه الوصول إلى أقرب مصرف عمومي، أي إستبعاد المياه غير الصالحة أو الزائدة عن حاجة الأرض بمرورها على أرض الغير وصولا إلى المصارف العامة.[6]

---

[1] - رواه الخمسة وصححه الترمذي عن السيدة عائشة رضي الله عنها.

[2] - المادة 48 و54 و56 من مرشد الحيران، و1230 و1231 من مجلة الأحكام العدلية، و809 مدني مصري، و1302-1308 مدني أردني، و1392-1397 مدني إماراتي.

[3] - المحكمة العليا، غ.م، 1994/11/30، ملف رقم 115334، منشور في الإجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني الجزائري، للأستاذ عمر بن سعيد، ص 229.

[4] - كما إذا كان لشخص في طريق عام أو خاص مسيل للمياه القذرة يتأذى بها المارة، مما يستوجب إزالته لمنع الضرر عن المارة. انظر د. بلحاج العربي، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، فقرة 145، ص 149 و150.

[5] - المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ص 745.

[6] - فلا يتقرر حق المسيل إلا للوصول إلى مصرف عام، في حين أن حق المجرى يتقرر للوصول إلى أي مورد للمياه، سواء كان عاما أو خاصا. انظر د. وحيد سوار، الحقوق العينية الأصلية، ج1، ص 653 ؛ د. محمد منصور، الحقوق العينية الأصلية، ص 44 وما بعدها.

فيكون للجار بمقتضى حق الصرف، حق تمرير مياه الصرف عبر أرض جاره أو أراضي جيرانه، بالإتفاق مع الجيران، حتى تصل إلى أقرب مصرف عمومي، بشرط أن يعوض عن ذلك تعويضا عادلا.[1] **ويبقى حق الصرف ثابتا للعقار المنتفع به (العقار المخدوم)**، ولا يبطل هذا الحق بتغير صفة العقار الذي ترتب له ؛ بأن كان أرضا زراعية فصار منزلا أو مصنعا مثلا أو بالعكس.

ويشمل حق الصرف أو المسيل من الناحية القانونية :

أولا **حق الصرف في الأراضي المنخفضة المملوكة للغير**، فلا يجوز لمالك الأرض المنخفضة أن يقيم سدا أو حاجزا لمنع مسيل مياه الأمطار والينابيع والعيون والثلوج الذائبة (وهي المياه الطبيعية) ؛ كما أنه لا يجوز لمالك الأرض المرتفعة أن يقوم بعمل يزيد في عبء الأرض المنخفضة بما يؤدي إلى الإضرار بها.

وثانيا **حق تصريف المياه غير الصالحة أو الزائدة عن الحاجة**، بمرورها في ملك الغير بإذنه، وصولا لأقرب مصرف عمومي، مقابل تعويض مناسب يدفع لمالك الأرض المثقلة بحق الصرف، على النحو السابق بيانه في شأن حق المجرى. فقد يكون المجرى الذي تصرف فيه المياه غير الصالحة أو الزائدة عن الحاجة يكون للمنتفع به، وقد يكون مملوكا للذي يمر المسيل في أرضه.

ومن ثم، فإنه لا يجوز مرور مياه الصرف في الأراضي المجاورة التي يملكها الغير إلا لكي تصب في أقرب مصرف عمومي ؛ بأن تكون الأرض بعيدة عن المصرف العام، أي لا يوجد لها إتصال مباشر به.[2]

---

[1] - **نقض مدني مصري**، 1965/11/11، س 16، العدد3، ص 1044 ؛ 1955/03/10، رقم 123، س 21 ق.

[2] - **د. إسماعيل غانم**، اتلحقوق العينية الأصلية، ج1، فقرة 53، ص 112 و113 ؛ **د. عبد المنعم فرج الصدة**، الحقوق العينية الأصلية، فقرة 52، ص 78 ؛ **د. علي العبيدي**، الحقوق العينية، ص 245.
وفي رأي مخالف: **د. عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط، ج8، فقرة 452 ؛ حيث يرى المرحوم الأستاذ الدكتور السنهوري أن الجار له حق شق مصرف في أرض المالك المجاور، لكي يصب في المصرف الخاص لهذا المالك، بشرط أن يعوض تعويضا مناسبا.
وهو ما سارت عليه المحكمة العليا في إجتهاداتها، غ.م، 1994/11/30، ملف رقم 115334، المشار إليه ؛ من أنه من حق الجار البعيد عن المصرف العام طلب تصريف المياه غير الصالحة مرورا بأرض المالك المجاور أو الملاك المجاورين، وصولا لأقرب مصرف عمو مي، مقابل تعويض عادل ؛ فلا يجوز للجار أن يمنع صاحب هذا الحق في إستيفائه، إلا إذا حدث ضرر بين.

وعلى هذا، فإنه لا يجوز إجراء مسيل للمياه غير الصالحة ضار في ملك الغير، أو الطريق العام أو الطريق الخاص، لأنه لا ضرر ولا ضرر وأن الضرر يزال، ولو كان قديما.[1]

ويلتزم طالب حق المسيل في أرض جاره، **بدفع تعويض مقابل تقرير الحق، لتعويض الأضرار التي تصيب المالك**، من جراء الصرف أو بمناسبة الإنتفاع بالمسيل ؛ وللمحكمة عند النزاع تحديد التعويض الكافي إنطلاقا من ثمن الأرض الذي يشغلها المصرف التي حرم منها المالك، عما أصابه من ضرر من جراء شق المسيل، والأضرار المؤقتة والدائمة الناشئة عنها ؛ كعدم تيسير الزراعة بها مثلا.[2]

كما أنه لا يجوز قانونا لأصحاب المنشآت الجديدة تصريف مسيلها إلى أراضي ملك الغير دون إذن منه، إذ لا يثبت حق الصرف بالإباحة ؛ على أن يتحمل كل منهم نفقات إقامة المنشآت الخاصة بالمسيل وصيانتها بنسبة ما يعود عليهم من فائدة.[3] فإن نفقات إصلاح المسيل وصيانته على المنتفع به دون غيره، سواء كان المنتفع صاحب الحق أو غيره.[4]

الفرع الرابع

إنقضاء حق الإرتفاق

تنقضي حق الإرتفاق في القانون المدني الجزائري بالأسباب الآتية :

1- بإنتهاء الأجل المحدد له : فإذا حدد للإرتفاق أجلا في السند المنشئ له، ينقضي بحلول هذا الأجل المحدد المتفق عليه، وفقا لأحكام

---

[1] - المادة 1306 مدني أردني، و1396 مدني إماراتي.

[2] - إذا أصاب الأرض ضرر من مجرى أو مصرف يمر بها، من جراء أعمال الإنشاء، ونقص قيمة الأرض نتيجة شق المجرى أو المسيل، أو عدم الصيانة والإصلاح ؛ فإن لمالك الأرض أن يطلب تعويضا كافيا عما أصابه من ضرر. **نقض مدني مصري**، 1980/02/21، م.أ.ن، 1980، س 31، ص 573 ؛ 1965/11/11، س 16، العدد3، ص 1044.

[3] - المادة 1305 مدني أردني، و1397 مدني إماراتي.

[4] - **أ. علي الخفيف**، الملكية في الشريعة الإسلامية، ص 151 ؛ **محمد أبو زهرة**، الملكية ونظرية العقد، ص 100 و101.

المادة 878 من ق.م ؛ لأن الدوام في الإرتفاق هو من طبيعته، وليس من جوهره أو مستلزماته طبقا للمادة 881 من ق.م.

2- **بإتحاد المالك** : أي بإجتماع العقارين المرتفق والمرتفق به في يد مالك واحد، أي بإتحاد الذمة، وفقا للمادة 878 من ق.م، لأن الإرتفاق كما رأينا يستوجب وجود مالكين مختلفين، ولأن الشخص لا يمكن أن يكون له حق إرتفاق على شيء يملكه ؛ إلا أنه إذا زالت حالة الإجتماع هذه زوالا يرجع أثره إلى الماضي، فإن حق الإرتفاق يعود إذا زال سبب إنقضائه، كما لو ورث أحد المالكين الآخر، أو باع أحدهما عقاره للآخر.

3- **بزوال محل حق الإرتفاق** : أي بهلاك أحد العقارين أو كلاهما، طبقا للمادة 878 من ق.م ؛ كهلاك العقار المخدوم (أو المرتفق به)، أو هلاك العقار الخادم (أو المرتفق) هلاكا كليا ؛ سواء كان الهلاك ماديا كتهدم المنزل، أو قانونيا كنزع العقار الخادم للمنفعة العامة.

فإذا أعيد بناء المنزل المتهدم، عاد حق الإرتفاق من جديد، ما لم يكن قد سقط بعدم الإستعمال مدة عشر سنوات (م 879 من ق.م). أما إذا كان الهلاك جزئيا في العقار الخادم، يبقى الإرتفاق مستحقا على الجزء الباقي، اللهم إذا كان الحق غير مستعمل في الواقع ؛ فإذا تمت تجزئة العقار المرتفق، بقي الإرتفاق مستحق في كل جزء منه، ما لم يزد ذلك عبء تكاليف العقار المرتفق به (م 876 و878 و879 و880 من ق.م). ولا يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يقدم على عمل يؤدي إلى الإنتقاص من إستعمال حق الإرتفاق، أو يجعله شاقا، أو يغير من الوضع القائم (م 875 من ق.م).[1]

فقد نصت المادة 878 من ق.م على أنه : " **تنتهي حقوق الإرتفاق بانقضاء الأجل المحدد، وبهلاك العقار المرتفق به هلاكا كليا، وبإجتماع العقار المرتفق به والعقار المرتفق في يد مالك واحد ؛ ويعود حق الإرتفاق إذا زال إجتماع العقارين.**"

---

[1] - المحكمة العليا، غ.م، 2000/04/26، ملف رقم 195764، م.ق، 2000، العدد2، ص 159.

4- بإبطال صاحب حق الإرتفاق لإستخدامه، وإعلامه لصاحب العقار المرتفق به العدول عن تخصيصه، وفقا لأحكام المادة 877 و881 من ق.م ؛ إذ يجوز لصاحب العقار المرتفق به أن يتحرر من الإرتفاق كله أو بعضه، إذا فقد الإرتفاق كل منفعة للعقار المرتفق ؛ مما يعد تنازلا عن إستعمال حق الإرتفاق الذي كان له بإرادة مالك العقار المرتفق، دون حاجة لقبول شخص معين لهذا التنازل.

5- بزوال الغرض من الإرتفاق بالنسبة للعقار المنتفع، أو بقيت له فائدة محددة لا تتناسب مع الأعباء الواقعة على العقار الخادم المرتفق به، طبقا لمقتضيات المادة 880 و881 من ق.م ؛ كما لو فتح طريق عام جديد محاذ للعقار المنتفع الذي له حق مرور على عقار آخر.

6- بالتقادم المسقط لعدم إستعمال حق الإرتفاق مدة عشر سنوات (10) سنة، أيا كان عدم الإستعمال ؛ **والتقادم هنا هو تقادم مسقط طبقا لأحكام المادة 1/879 من ق.م**، فلا تسمع دعوى المطالبة بحق الإرتفاق، إذا انقضت المدة المحددة القانونية لعدم إستعماله ؛ ولا يشمل هذا السقوط القيود القانونية التي تمثل قيدا دائما على الملكية.[1] ومن ثم، ينتهي حق الإرتفاق إذا تغير وضع الأشياء، بحيث تصبح في حالة لا يمكن فيها إستعمال هذا الحق ؛ ويعود إذا عادت الأشياء إلى وضع يمكن معه إستعمال الحق، إلا أن يكون قد انتهى بعدم الإستعمال (م 879 و880 من ق.م)

فإذا ملك العقار المرتفق شركاء على الشيوع، فإنتفاع أحدهم بالإرتفاق يقطع التقادم لمصلحة باقي الشركاء في الشيوع ؛[2] كما أن وقف التقادم لمصلحة هؤلاء الشركاء يجعله موقوفا أيضا لمصلحة الباقين، وفقا لأحكام المادة 3/879 من ق.م.

كما ينقضي حق الإرتفاق لعدم استعماله ثلاثا وثلاثين (33) سنة، إن كان الإرتفاق مقررا لمصلحة عين موروثة أو موقوفة وقفا خيريا (م 1/879 من ق.م).

---

[1] - من المقرر قانونا أن عدم إستعمال حق الإرتفاق، لمدة تزيد على عشر سنوات، يؤدي إلى سقوط هذا الحق وفقا لأحكام المادة 879 من ق.م. راجع **المحكمة العليا**، غ.م، 1988/12/21، ملف رقم 48589، غير منشور.

[2] - **المحكمة العليا**، غ.م، 1997/06/24، ملف رقم 153436، غير منشور.

الفرع الخامس

مقارنة بين حق الإرتفاق وحق الإنتفاع

في ضوء دراستنا لأحكام حق الإرتفاق (وهو حق الإنتفاع العيني)، يتضح لنا بأنه يلتقي مع حق الإنتفاع (وهو حق الإنتفاع الشخصي)، من حيث أن كلا منهما حق عيني مقرر على مال الغير؛ غير أنه يفترق حق الإرتفاق (م 867-881 من ق.م) عن حق الإنتفاع (م844-854 من ق.م)، بالفروق القانونية المهمة الآتية:

1- **حق الإرتفاق لا يكون إلا على عقار** (م 867 من ق.م)، أما حق الإنتفاع فقد يكون على عقار كما يمكن أن يكون على منقول.

2- **حق الإرتفاق يتقرر دائما لمنفعة عقار معين إبتداء**، يسمى العقار المرفق أو المخدوم (م 867 من ق.م)، أما حق الإنتفاع يثبت لمصلحة شخص معين بإسمه أو بوصفه يسمى المنتفع.

3- **حق الإرتفاق حق تابع**، لا يجوز رهنه ولا حجزه مستقلا عن العقار المرتفق، فثبوته للشخص تابع لثبوته للعقار (م 867 و868 من ق.م)؛ بينما حق الإنتفاع هو حق أصلي يجوز للمنتفع التصرف فيه مستقلا عن الشيء المنتفع به.

5- **حق الإرتفاق حق دائم بطبيعته**، لا يزول إلا بزوال العقار نفسه زوالا تاما، لأنه يتعلق بالعقار المرتفق به (م 878 من ق.م)؛ أما حق الإنتفاع فهو حق مؤقت ينقضي بانتهاء الأجل المحدد له، وينتهي حتما بموت المنتفع.

6- **حق الإرتفاق ينحصر في استعمال العقار المرتفق**، وفقا لما هو محدد في سند إنشائه والنصوص القانونية المنظمة له (م 871 من ق.م)؛ أما حق الإنتفاع فهو أوسع منه من حيث المضمون لأنه يتناول استعمال الشيء المنتفع به واستغلاله.

7- **حق الإرتفاق يورث، لأنه يعتبر مالا تابعا للعقار**، فينتفع به كل من يملك العقار المخدوم بقطع النظر عن شخص المالك، ويرثه ورثته الشرعيين من بعده (م 868 من ق.م)[1]؛ أما حق الإنتفاع فينتهي بانتها مدة الإنتفاع المحددة، فإن

---

[1] - المحكمة العليا، غ.م، 1978/06/03، ملف رقم 49799، م.ق، 1990، العدد3، ص 33؛ نقض مدني مصري، 1977/05/10، س 28، ص 1158.

لم يعين أجل عد مقررا لحياة المنتفع ؛ وهو ينتهي على أي حال بوفاة المنتفع، حتى قبل إنتهاء الأجل المعين. فإن القانون المدني الجزائري اعتبر حق الإنتفاع منتهيا حتما، بموت المنتفع وفقا لأحكام المادة 852 من ق.م.[1]

وقد ذهب جمهور الفقهاء في الشريعة الإسلامية، من المالكية والشافعية والحنابلة، إلى أن حق الإنتفاع يقبل التوارث، لأن ملك المنفعة أموال مملوكة للمورث عند الموت فتورث عنه شرعا ؛ وبوفاة المنتفع يحل محله ورثته حتى تنتهي مدة الإنتفاع.[2]

8- **حق الإرتفاق ينتهي بعدم إستعماله مدة عشر سنوات** (م 879 من ق.م)، بينما ينتهي حق الإنتفاع بعدم إستعماله لمدة خمس عشرة سنة (م 854 من ق.م).

المطلب الثالث

الوقف

(El-Waqf ou Les Biens de mainmorte)

نص المشرع الجزائري على أنه : يسري في شأن الوقف الأحكام التشريعية والتنظيمية الخاصة به، ويرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في غير المنصوص عليه (م 1 من القانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف المعدلة بالقانون رقم 10/02، و32 من القانون رقم 25/90 المتضمن التوجيه العقاري).

ونعرض فيما يلي لتعريف الوقف، وطبيعته القانونية، وأنواعه، وأخيرا لشروطه القانونية.

أولا : تعريف الوقف

نصت المادة 213 من ق.أ على أن : **"الوقف هو حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأبيد والتصدق."**

---

[1] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2012/06/14، ملف رقم 718274، م.م.ع، 2012، العدد2، ص 403.

[2] - **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، ج3، ص 14 ؛ **إبن قدامة**، **المغني**، ج4، ص 7 ؛ ولمزيد من التفاصيل راجع **د. بلحاج العربي**، أحكام التركات والمواريث في ضوء قانون الأسرة الجزائري، المرجع المذكور، فقرة 59.

كما أشارت المادة 23 و31 من القانون رقم 25/90 المؤرخ في 1990/11/18 المتضمن التوجيه العقاري على أن : "**الأملاك الوقفية هي الأملاك العقارية، التي حبسها مالكها بمحض إرادته، ليجعل التمتع بها دائما**، تنتفع به جمعية خيرية أو جمعية ذات منفعة عامة أو مسجد أو مدرسة قرآنية، سواء كان هذا التمتع فوريا أو عند وفاة الموصين الوسطاء الذين يعينهم المالك المذكور." كما نصت المادة 32 من القانون نفسه على أنه : "**يخضع تكوين الأملاك الوقفية وتسييرها لقانون خاص**."

فالوقف وفقا للمادة 3 من القانون رقم 10/90، المؤرخ في 1991/04/27 المتعلق بالأوقاف هو : **حبس العين عن التملك، على وجه التأبيد والتصدق، بالمنفعة على الفقراء، أو على وجه من وجوه البر والخير.**[1]

وذلك لأن الوقف في حقيقته الشرعية والقانونية، هو حبس الأصل وتسبيل المنفعة، ففي الوقف يقوم الواقف بحبس العين، وجعلها من الحبوس، أي خارجة من نطاق التصرفات الناقلة للملكية ؛[2] فلا يجوز التصرف في أصل الملك الوقفي، بأية صفة من صفات التصرف، ومن ثم تخصيص منافعه لأوجه البر والخير.[3]

ولم يرد النص على الوقف ضمن المواد المتعلقة بطرق إكتساب الملكية في القانون المدني الجزائري (م 773- 881 من ق.م)، وكان يستحسن لو أن المشرع المدني أشار إليه بأنه سبب من أسباب قيام الملك الوقفي، مثل ما فعل في الميراث والوصية (م 774 و775 من ق.م)، ولو في مادة واحدة، يبين فيها على أنه تسري على شروط صحة الوقف وقواعد الإستحقاق أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الخاصة المتعلقة بالأوقاف.

---

[1] - المعدل والمتمم بالقانون رقم 07/01 المؤرخ في 2001/05/22، وبالقانون رقم 10/02 المؤرخ في 2002/12/14.

[2] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2007/02/14، ملف رقم 393937، م.م.ع، 2007، العدد2، ص 423 ؛ 2009/02/11، ملف رقم 478951، م.م.ع، 2009، العدد2، ص 423.

[3] - **إبن عابدين**، رد المحتار، ج3، ص 375 ؛ **د. مصطفى الزرقاء**، المدخل الفقهي العام، ج1، ص 276 ؛ **د. زكي شعبان ود. أحمد الغندور**، أحكام الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية، مكتبة الفلاح، الكويت، 1989، ص 455.

غير أن المشرع الجزائري خص الوقف (Les biens Waqfs ou les biens de mainmorte) بتنظيم خاص في المواد من 213 إلى 220 من القانون رقم 11/84 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية ؛[1] وكذا القانون رقم 10/91 المؤرخ في 1991/04/27 المتضمن تنظيم الأوقاف، والقانون رقم 283/64 المؤرخ في 1964/09/17 المتضمن نظام الأملاك الحبسية العامة ؛ كما أنه أشار إليه في القانون رقم 25/90 المؤرخ في 1990/11/18 المتضمن التوجيه العقاري.[2]

وقد نظم المشرع الجزائري بالمرسوم التنفيذي رقم 336/2000 المؤرخ في 2000/10/26، وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي وشروطه وكيفيات إصدارها وتسليمها ؛ وحدد شروط وكيفيات إيجار الأراضي الوقفية المخصصة للفلاحة بالمرسوم التنفيذي رقم 70/14 المؤرخ في 2014/02/10. كما أنه بالمرسوم التنفيذي رقم 51/03 المؤرخ في 2003/02/04 حدد كيفيات تطبيق المادة 8 مكرر من القانون رقم 10/91.

ثانيا : الطبيعة القانونية للوقف

إن الوقف من الحقوق العينية الأصلية يرد على أرض مملوكة للواقف تخصص لغرض معين، وهو يخضع لقواعد قانونية خاصة في التشريع الجزائري، وفي حالة عدم وجودها تنظمه أحكام الشريعة الإسلامية (م 2 من القانون رقم 10/91، م 213-220 من ق.أ).[3]

فالوقف كما أشار المشرع الجزائري، عقد إلتزام تبرع صادر عن الإرادة المنفردة للمحبس (م 4 من القانون رقم 10/91)،[4] **فهو حبس العين**

---

[1] - المعدل بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27.

[2] - المعدل بالأمر رقم 26/95 المؤرخ في 1995/09/25.

[3] - من المقرر أن صحة وإبطال عقد الحبس، يخضع لأحكام الشريعة الإسلامية، وتطبق بشأنه القواعد الفقهية المستمدة من أحكامها. المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1984/12/03، ملف رقم 30954، م.ق، 1989، العدد4، ص 82 ؛ 1986/02/24، ملف رقم 40589، م.ق، 1989، العدد1، ص118 ؛ غ.ع، 2000/05/31، ملف رقم 195280، إ.ق.غ.ع، ج1، 2004، ص 142.

[4] - من المقرر قانونا، أن الحبس من عقود التبرع، التي يستفيد فيها المحبس له من حق الإنتفاع، ويمكن أن يتم لجميع الورثة أو لبعض منهم. المحكمة العليا، غ.ع، 2000/05/31، ملف رقم 195280، إ.ق.غ.ع، ج1، 2004، ص 130.

على ملك الواقف والتصدق بمنفعتها، أي حبس العين الموقوفة الموقوفة عن التداول، وتأبيد الإنتفاع بها، على وجه من وجوه البر تقربا إلى الله تبارك وتعالى (م 213 من ق.أ، و3 من القانون رقم 10/91، و31 من القانون رقم 25/90)؛ وهو بذلك لا يكون إلا في الأشياء التي ينتفع بها وتبقى أعيانها، أما الأشياء التي تزول بالإنتفاع بها فهي صدقة وليست وقفا.

فإن **المال الموقوف هو مال مخصص على سبيل التصدق بمنفعته للجهة المحبس لها**، على الفقراء أو لجمعية خيرية أو جمعية ذات منفعة عامة أو خاصة؛ وأحكام الوقف تهدف إلى تنظيمه وتسييره وحفظه وحمايته، ومنع التصرف بالمال محل الوقف، بسبب التصدق بالمنفعة (م 1 و6 من القانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف)، وتخصيص منفعته وريعه على سبيل التأبيد لجهة من جهات البر والخير إبتداء أو إنتهاء (م 6 مكرر من القانون 10/91، المضافة بالقانون رقم 10/02).

وقد استقر إجتهادات المحكمة العليا على أنه: **لا يجوز التصرف في أصل الملك الوقفي لفائدة الغير،**[1] فلا يجوز التصرف في العين الموقوفة المحبسة؛ **بأي تصرف ناقل للملكية، سواء بالبيع أو بالهبة أو بغيرها.**[2] كما أنه لا يجوز التصرف في الأراضي الموقوفة المحبسة بما يخالف إرادة المحبس وشروطه،[3] ما لم تتناف هذه الشروط مع مقتضيات الوقف شرعا؛ فيبطل الشرط ويبقى الوقف صحيحا؛[4] وتطبق على شروط الواقف وقواعد الإستحقاق القوانين الخاصة بالوقف، ويرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، في كل ما لم يرد به نص، للفصل في منازعات الوقف، لأنها هي المصدر التاريخي لأحكام الوقف.[5]

---

[1] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 1999/09/29، ملف رقم 188432، إ.ق.غ.ع، ج1، 2004، ص 143.

[2] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 1997/07/16، ملف رقم 157310، م.ق، 1997، العدد1، ص 34؛ 2001/04/25، ملف رقم 198940، إ.ق.غ.ع، ج1، 2004، ص 151.

[3] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2010/01/14، ملف رقم 575463، م.م.ع، 2010، العدد2، ص 222؛ 2001/01/31، ملف رقم 204058، إ.ق.غ.ع، ج1، 2004، ص 132؛ 1991/01/23، ملف رقم 63870، ن.ق، العدد46، ص 58؛ 1998/05/19، ملف رقم 198265، إ.ق.غ.أ.ش، م.ق، عدد خاص، 2001، ص 308؛ 1998/03/04، ملف رقم 156651، ن.ق، العدد56، 1999، ص 94؛

[4] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 1994/07/19، ملف رقم 109604، م.ق، 1994، العدد3، ص 75.

[5] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2000/09/27، ملف رقم 202778، غير منشور؛ 1993/07/21، ملف رقم 102230، م.ق، 1998، العدد1، ص 95.

هذا، وتوجد بعض الحقوق العينية الأصلية التي قد تنشأ على الأراضي الموقوفة في الفقه الإسلامي : كحق الحكر (وهو عقد يكسب المحتكر بموجبه حقا عينيا، يخوله حق الإنتفاع بأرض موقوفة واستغلالها، بإقامة مبان عليها أو إستعمالها للغراس، لفترة محددة، مقابل أن يدفع أجر المثل) ؛[1] وخلو الإنتفاع (وهو إتفاق جهة الوقف مع شخص، يؤجر به الوقف عينا، مقابل أجر المثل للأرض سنويا، يدفع للواقف أو للمتولي على الوقف، لتعمير المال الموقوف واستغلاله) ؛ وحق الإجارتين (وهو حق عيني ينشأ على أرض موقوفة عليها بناء بحاجة إلى إصلاح، فتتفق جهة الوقف مع شخص، بأن يقوم باستعمال العقار الموقوف واستغلاله بصورة دائمة، مقابل دفع أجر المثل إلى جهة الوقف).[2]

ثالثا : أنواع الوقف

تنقسم الأوقاف في القانون الجزائري، تبعا للجهة الموقوف عليها إلى : وقف عام، ووقف خاص، ووقف مشترك.

1- الوقف العام

وهو الوقف الخيري الذي يوقف إبتداء وقت إنشائه، وبصفة نهائية، على جهة من جهات البر الخيرية (Les Waqfs Publics)، فيخصص ريعه وغلاته للجهات الموقوف عليها، للمساهمة في سبل البر والخيرات، ولا يصح قانونا صرفه على غيرها ؛ كأن يقف الواقف أرضا له مدى الحياة لبناء مسجد، أو مدرسة لتحفيظ القرآن، أو مستشفى، وغيرها من أوجه التصدق على الفقراء والمساكين ولو في الجملة، أو على جهة من وجوه البر.

والأوقاف العامة مصونة ومحترمة ومحمية قانونا، إذ ينظم القانون الجزائري الأملاك الوقفية العامة، وكيفية تسييرها وحفظها وحمايتها ونظارة الأملاك الوقفية التي تتولى إدارتها ؛ كما أنه يحدد الشروط

أنظر قرارات المحكمة العليا المشهورة المتعلقة بمنازعات الأوقاف في كتاب أ.د. بلحاج العربي، قانون الأسرة الجزائري الجديد معلقا عليه بقرارات المحمكة العليا المشهورة خلال 44 سنة 1966-2040، دمج، الجزائر، ط4، 2012، مزيدة ومنقحة، ص 578 إلى 603.

[1] - راجع لاحقا موضوع الحكر، كحق عيني أصلي مؤقت، متفرع عن حق الملكية.

[2] - أنظر المواد 1249 و1264 و1265 مدني اردني، و1/110 مدني إماراتي ؛ وراجع د. محمد سوار، الحقوق العينية الأصلية، ص 889 وما بعدها ؛ د. محمد سراج ود. محمد إمام، أحكام الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي والقانون، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998، ص 353 وما بعدها.

والكيفيات المتعلقة باستغلالها واستثمارها وتنميتها، وكيفية إيجار الأملاك الوقفية (م 1 و6 و8 و33 إلى 38 من القانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07/01 المؤرخ في 2001/05/22، وبالقانون رقم 10/02 المؤرخ في 2002/12/14.

فقد نصت المادة 3/64 من الدستوري الجديد لعام 2016 صراحة بأن: **"الأملاك الوقفية، وأملاك الجمعيات الخيرية معترف بها، ويحمي القانون تخصيصها."**[1] فالأعيان الموقوفة العامة بهذا المعنى هي ملك للشخص الإعتباري الموقوفة عليه، أي للجهة الخيرية إبتداء وانتهاء، لتأبيد الإنتفاع بها والتصدق بمنافعها الخيرية؛[2] فتخصص منافعه للبر، تكسبها من سند إنشاء الوقف، لها ذمة مالية متميزة طبقا لشروط الوقف، وتكون إدارتها لوزارة الشؤون الدينية والأوقاف.[3]

ومن الأوقاف العامة في القانون العقاري الجزائري: المساجد والعقارات والمنقولات التابعة لها، والعقارات والمنقولات الموقوفة على الجمعيات والمؤسسات الخيرية، والأملاك العقارية الموقوفة المسجلة لدى المحاكم، والأوقاف الثابتة بوثائق رسمية أو بعقود شرعية، والأوقاف الخاصة التي لم يعرف واقفها، أو التي لم تعرف الجهة المحبس عليها، وكذا الأملاك والعقارات والمنقولات الموقوفة أو المعلومة وقفا، ولو وجدت خارج الجزائر (م 8 من القانون رقم 10/91).

2- الوقف الخاص

وهو الوقف على أرض مملوكة للواقف، تخصص غلته إبتداء على أولاده وذريته، ما دام الحبس قائما، ولو لمدة معينة، أو على أشخاص معينين من ذوي

---

[1] - القانون رقم 02/16 المؤرخ في 2016/03/06، المتضمن التعديل الدستوري الجديد لعام2016؛ **الجريدة الرسمية**، العدد 16، المؤرخة في 2016/03/07.

[2] - ومن ثم، جاءت مقتضيات المادة 5 من القانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف غير واضحة وغير سديدة لإن الأعيان الموقوفة هي مالك للشخص الإعتباري الموقوفة عليه للتصدق بمنفعتها على سبيل التأبيد.

[3] - Voir Filali (A), Les instruments pour la promotion des biens wakfs publics en algérie, Rev. Alg, 2013, N° Spécial, P 171 et s.

قرابته أو غيرهم (Les Waqfs Privés) ؛[1] حتى ولو جعله بعد ذلك وقفا على جهة معينة من جهات البر (م 214 من ق.أ). ويخضع الوقف الخاص للأحكام التشريعة والتنظيمية المعمول بها، وفي حالة عدم وجود النصوص تطبق بشأنه أحكام الشريعة الإسلامية (م 2/1 و2 من القانون رقم 10/91 المعدلة بالقانون رقم 10/02). ويجوز للواقف أن يحتفظ بمنفعة الشيء المحبس مدة حياته، على أن يكون مال الوقف بعد ذلك إلى الجهة المعنية (م 214 من ق.أ).

ولا يجوز التصرف في أصل الملك الوقفي لفائدة الغير بالبيع أو الهبة أو التنازل أو غيرها (م 23 من القانون رقم 10/91)،[2] **كما أنه لا يجوز التصرف في الأراضي الموقوفة المحبسة، بما يخالف إرادة المحبس، وشروطه وإشتراطاته الواردة في عقد الحبس** (م 14 و15 من القانون المذكور) ؛[3] ما لم تتناف هذه الشروط مع مقتضيات الوقف كما أشرنا.[4]

وفي هذا قضت الغرفة العقارية لدى المحكمة العليا في قرار مشهور لها بأنه :" لا يحق للإناث المستفيدات من النفقة المقررة لهن في عقد الحبس، في الإعتراض على مبادلة العين المحبسة، ما دام المحبس رخص بذلك للمحبس عليه، وما دام الحبس يبقى قائما."[5]

وجدير بالتنويه أنه تؤول العقارات الموقوفة للمحبس عليهم، وفي حالة إنقطاع الموقوف عليهم، من الأولاد والذرية والقرابة، يؤول الوقف إلى جهة

---

[1] - :"من المقرر قانونا، أن الحبس من عقود التبرع، التي يستفيد فيها المحبس له من حق الإنتفاع، ويمكن أن يتم لجميع الورثة أو لبعض منهم، ما دام الحبس يبقى قائما."
المحكمة العليا، غ.ع، 2000/05/11، ملف رقم 195280، إ.ق.غ.ع، ج1، 2004، ص 138 ؛ 2004/07/21، ملف رقم 276314، غير منشور.

[2] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2011/03/10، ملف رقم 636028، م.م.ع، 2011، العدد2، ص 156 ؛ 1999/09/29، ملف رقم 188432، غير منشور.

[3] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2010/01/14، ملف رقم 575463، م.م.ع، 2010، العدد2، ص 222 ؛ 2001/01/31، ملف رقم 204058، إ.ق.غ.ع، ج1، 2004، ص 132 ؛ 1991/01/23، ملف رقم 63870، ن.ق، العدد46، ص 58 ؛ 1998/05/19، ملف رقم 198265، إ.ق.غ.أ.ش، م.ق، عدد خاص، 2001، ص 308 ؛ 1998/03/04، ملف رقم 156651، ن.ق، العدد56، 1999، ص 94 ؛

[4] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 1994/07/19، ملف رقم 109604، م.ق، 1994، العدد3، ص 75.

[5] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2004/07/21، ملف رقم 276314 ؛ غير منشور.

من جهات البر الخيرية ؛ فإنه يجب أن ينتهي الوقف إلى جهة بر لا تنقطع (م 8 من القانون رقم 10/91 المتضمن قانون الأوقاف).[1]

وقد حكمت المحكمة العليا بأنه، يبطل الوقف شرعا عندما يحرر بسوء نية، قصد حرمان أحد الورثة الشرعيين من لإستفادة من الميراث (م 218 من ق.أ).[2]

3- الوقف المشترك

وهو الوقف الذي تخصص فيه غلة المال الموقوف على ذرية الواقف وجهة معينة من جهات الخير معا، إذ يصح وقف عين على جهتين مختلفتين كالأولاد وجهة من جهات البر ؛ كأن يوقف الواقف أرضا يكون نصفها لأولاده وذريته، ونصفها الآخر لجهة خيرية معلومة تعمل لصالح الفقراء والمساكين، وفي هذه الحالة يكون الوقف مشتركا بين ذرية الواقف وجهة الخير.

فإنه يجوز للواقف وفقا للمادة 214 من ق.أ، أن يحتفظ بمنفعة الشيء المحبس مدة حياته، على أن يكون مال الوقف بعد ذلك إلى الجهة المعينة.

رابعا : شروط صحة الوقف

يشترط في الواقف في القانون الجزائري : أن يكون متمتعا بأهلية التبرع، لأن الوقف من عقود التبرع (م 215 من ق.أ) ؛[3] ومن ثم يبطل الوقف في مرض الموت، وحالات الأمراض الخطيرة، ويعتبر عندئذ وصية (م 203 و204 من ق.أ).[4]

ويخضع عقد الوقف لإرادة الواقف، الذي يجوز له شرعا، أن يأخذ بالشروط المعمول بها في أي مذهب من المذاهب الإسلامية في مجال الأوقاف ؛[5]

---

[1] - ولا تقسم العقارات المحبسة بأي حال، على الورثة حسب الفريضة (م 213 و220 من ق.أ، و21 من القانون رقم 10/91 المتضمن قانون الأوقاف)..
راجع المحكمة العليا، غ.ع، 2013/03/14، ملف رقم 752359، م.م.ع، 2014، العدد1، ص 339 ؛ غ.ش.أ.م، 2012/12/13، ملف رقم 708046، م.م.ع، 2013، العدد2، ص 266.

[2] - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1999/11/16، ملف رقم 230617، إ.ق.غ.أ.ش، 2001، ص 331 ؛ 1997/09/30، ملف رقم 171658، المرجع نفسه، ص 305 ؛ 1994/07/19، ملف رقم 109604، م.ق، 1994، العدد3، ص 75.

[3] - المحكمة العليا، غ.ع، 2000/05/11، ملف رقم 195280، إ.ق.غ.ع، ج1، 2004، ص 138.

[4] - المحكمة العليا، غ.ع، 2000/09/27، ملف رقم 202778، غير منشور ؛ غ.أ.ش، 1993/11/23، ملف رقم 96675، إ.ق.غ.أ.ش، 2001، ص 302.

[5] - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1986/02/24، ملف رقم 40589، م.ق، 1989، العدد1، ص 217.

وينفذ شرط الواقف، ما لم يتناف ومقتضيات الوقف، والأحكام الشرعية والقانونية السارية المفعول (م 14 و45 المعدلة عام 2001 من القانون رقم 10/91)، وإلا بطل الشرط وبقي الوقف صحيحا ؛ **فإذا اقترن الوقف بشرط غير صحيح، صح الوقف وبطل الشرط** (م 218 من ق.أ).[1] **ولا تشترط الحيازة في الوقف** (Prise de possession)، لأن الحيازة تشترط في الهبة، وليس في الوقف (م 204 و205 و215 من ق.أ).[2]

ولا يجوز وفقا للمادة 15 من القانون رقم 10/61 المتعلق بالأوقاف، التراجع عن الوقف الذي يعتبر تصرفا نهائيا على سبيل التأبيد عند المالكية، **إلا إذا اشترط الواقف شروطا تسمح بالتراجع وقت إنعقاد عقد الحبس** ؛ وهو ما سار عليه قضاء الغرفة العقارية لدى المحكمة العليا.[3]

كما أنه يشترط لصحة الوقف أن يكون المال المحبوس، من العقار والمنقول، مملوكا للواقف، ومعينا غير مجهول، وخاليا من النزاع (م 213 و216 من ق.أ ، و10 من القانون رقم 10/91) ؛[4] **ولو كان عقارا مشاعا**، إذ أنه إذا كان القدر الموقوف في العقار غير مسجد أو مقبرة أو في منقول، فيجوز وقفه شائعا ؛ وبأن يرد الوقف على عين يمكن الإنتفاع بها

---

[1] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2001/04/25، ملف رقم 205458، غير منشور؛ 1994/07/19، ملف رقم 109604 ، م.ق، 1994 ، العدد3، ص 75.
رقم 109604 ، م.ق، 1994 ، العدد3، ص 75. 2012، العدد2، ص 386.

[2] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2012/03/15، ملف رقم 702225، م.م.ع، 2012، العدد2، ص 386.

[3] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2001/01/31، ملف رقم 204958، إق.غ.ع، ج1 ، 2004، ص 132 ؛ تعليق أ. بوتارن فائزة، ص 136 ؛ 2001/12/19، ملف رقم 223224، المرجع نفسه، ص 147 ؛ 2001/01/31، ملف رقم 204958، غير منشور ؛ 2001/04/25، ملف رقم 205468، غير منشور (لا يحق للطاعنات المطالبة بحقوقهن الميراثية، تطبيقا لعقد الحبس، المحرر وفقا للمذهب الحنفي).
أنظر تفصيل الرجوع في الوقف: أ. **حمدي باشا عمر**، عقود التبرعات، المرجع المذكور، ص 105 وما بعدها ؛ **شيخ نسيمة**، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2015؛ **ماية دقايسية**، أحكام الرجوع في عقود التبرعات، دار هومه، الجزائر، 2012.

[4] - :"من المقرر قانونا، أن الحبس هو حبس العين عن التملك على وجه التأبيد، وأنه يشترط لصحة الحبس أن يكون المحبس مالكا ؛ ومن ثم فإن عدم تملك الواقف للمال محل الحبس، يؤدي إلى بطلان عقد الحبس. فلا يمكن للمحبس بعد أن صار غير مالك، تحبيس نفس العين من جديد (م 213 و216 من ق.أ و10 من القانون رقم 10/91 المتضمن قانون الأوقاف." **المحكمة العليا**، غ.ع، **المحكمة العليا**، غ.ع، 2012/10/11، ملف رقم 714956، م.م.ع، 2013، العدد1 ، ص 298 ؛ 2001/04/25، ملف رقم 198940 ، إق.غ.ع، ج1 ، 2004، ص 151 ؛ تعليق أ. **بوتارن فائزة**، ص 156 ؛ 1993/09/28 ، ملف رقم 94323، م.ق، 1994 ، العدد2، ص 76.

واستغلالها، مع بقاء عينها كالعقار والأثاث مثلا، لأن الوقف شرعا هو حبس الأصل والتصدق بالمنفعة إلى جهة من جهات البر؛ كالفقراء والمساكين ولو في الجملة، والمساجد، ومدارس تحفيظ القرآن، والمقبرة، والأقارب مسلمون كانوا أو من أهل الذمة.[1]

ويبقى الحبس قائما، على وجه التأبيد والتصدق، وفقا لمهمته الأصلية؛ مهما طرأ على الشيء المحبس من تغيير في طبيعته.[2] ومن ثم، فإنه لا تقادم في الأملاك الموقوفة بالحبس (م 220 من ق.أ)؛[3] كما أنه لا يجوز شرعا وقانونا قسمة الأملاك المحبسة الموقوفة على الورثة، قسمة ناقلة للملكية حسب الفريضة (م 213 من ق.أ و3 و5 من القانون رقم 10/91 المتضمن قانون الأوقاف).[4]

فإن الأملاك الوقفية تستغل وتستثمر، ويمكن تأجيرها، وفقا للأحكام التشريعية والتنظيمية السارية المفعول، مع مرعاة أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الخاصة المتعلقة بالأوقاف (م 42 و45 من القانون رقم 10/91)؛ وخاصة أحكام المرسوم التنفيذي رقم 381/98 المؤرخ في 1998/12/01، الذي يحدد شروط وكيفيات إدارة الأملاك الوقفية وتسييره وحمايتها (م 22 إلى 30 منه)، وكذا المرسوم التنفيذي رقم

---

[1] - أ. حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، المرجع المذكور، ص 91 ما بعدها.

[2] - "إن تحويل مسجد مخصص لتقام فيه الصلوات إلى مقهى، يعد تعديا على أحباس المسلمين وأماكن العبادة؛ مما يستوجب معه طرد المعتدي وكل شاغل بإسمه، وإرجاعه إلى مهمته الأصلية وفقا لأحكام المادة 220 من ق.أ...". **المحكمة العليا**، غ.أ.ش، 1994/01/16، ملف رقم 97512، م.ق، 1994، العدد2، ص 20.

[3] -**"من المقرر قانونا، أن الوقف هو حبس المال عن التملك لأي شخص، على وجه التأبيد والتصدق؛ ومن ثم لا يجوز التراجع عن الوقف الصحيح، باعتباره صدقة مؤبدة، كما أنه لا يجوز التصرف في أصل الملك الوقفي لفائدة الغير."**

المحكمة العليا، غ.ع، 2011/07/14، ملف رقم 692342، م.م.ع، 2011، العدد2، ص 302؛ 2000/02/22، ملف رقم 232678، م.ق، 2001، العدد1، ص 264؛ 1999/09/29، ملف رقم 188432، إ.ق.غ.ع، ج1، 2004، ص 143؛ 2001/12/19، ملف رقم 223224، المرجع نفسه، ص 147؛ 1994/03/30، ملف رقم 109957، م.ق، 1994، العدد3، ص 39؛ 1998/05/19، ملف رقم 189265، إ.ق.غ.أ.ش، عدد خاص، 2001، ص 308.

[4] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2013/03/14، ملف رقم 752359، م.م.ع، 2014، العدد1، ص 339؛ غ.ش.أ.م، 2012/12/13، ملف رقم 708046، م.م.ع، 2013، العدد2، ص 266.

70/14 المؤرخ في 2014/02/10، الذي يحدد شروط وكيفيات إيجار الأراضي الوقفية المخصصة للفلاحة.

وفي هذا، قضت الغرفة التجارية والبحرية لدى المحكمة العليا، في قرار مشهور لها، مؤرخ في 2009/01/06، ملف رقم 501842، بأنه : "**يكون عقد إيجار الملك الوقفي محدد المدة، ويفسخ قانونا عند وفاة المستأجر؛ حيث يعاد تحرير عقد الإيجار وجوبا، لصالح ورثة المستأجر للمدة المتبقية، من العقد الأولي مع مراعاة مضمونه**، عملا بأحكام المادة 29 من المرسوم التنفيذي رقم 381/98 المؤرخ في 1998/12/01، الذي يحدد شروط وكيفيات إدارة الأملاك الوقفية وتسييره وحمايتها."[1]

ولا يجوز قانونا التصرف في الملك الوقفي، بأية صفة من صفات التصرف؛ سواء بالبيع أو الهبة أو التنازل أو غيرها (م 23 من القانون رقم 10/91).[2] كما أن **كل ما يحدثه المحبس له في الملك الوقفي، من بناء أو منشآت أو غراس في العين المحبوسة، يعتبر مكتسبا للشيء المحبس**، ولا يجوز تمليكه ملكية خاصة (م 219 من ق.أ، و18 و25 من القانون رقم 10/91).[3] فلا يمكن أن تكون البناءات المشيدة لاحقا، على الأرض الموقوفة المحبسة، لها طابع مخالف لطبيعة الأرض الموقوفة؛[4] إذ ينحصر حق التمتع بالعين الوقوفة فيما تنتجه، وعلى الموقوف عليه إستغلالها إستغلالا غير متلف للعين، وحقه حق إنتفاع لا حق ملكية.[5]

وفي هذا، نصت المادة 25 من القانون رقم 10/91 صراحة، على أن : "**كل تغيير يحدث بناء كان أو غرسا، يلحق بالعين الموقوفة، ويبقى الوقف قائما شرعا، مهما كان نوع ذلك التغيير**."

---

[1] - **المحكمة العليا**، غ.ت.ب، 2009/01/06، ملف رقم 501842، م.م.ع، 2009، العدد2، ص 186.

[2] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2011/03/10، ملف رقم 636028، م.م.ع، 2011، العدد2، ص 156 ؛ 1999/09/29، ملف رقم 188432، غير منشور.

[3] - : "من المقرر قانونا، أنه تلحق البناية المشيدة على أرض محبسة بجوهر المال المحبس، ويستمر الحبس قانونا، مهما كان مشيد البناية."
راجع **المحكمة العليا**، غ.ع، 2002/10/23، ملف رقم 235094، غير منشور؛ 1998/11/25، ملف رقم 183643، م.ق، 1999، العدد1ن ص 89 ؛ غ.أ.ش، 1994/01/16، ملف رقم 97512، م.ق، 1994، العدد2، ص 20.

[4] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2005/05/18، ملف رقم 290875، غير منشور.

[5] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2007/02/14، ملف رقم 393927، م.م.ع، 2007، العدد2، ص 423.

وتسهر الجهة المكلفة المؤهلة قانونا لقبول الأوقاف، بتسييرها وحمايتها الشرعية والقانونية، وتسوية وضعية الأملاك الوقفية ؛ حيث يتولى إدارة الأملاك الوقفية ناظر الوقف لدى الشؤون الدينية (م 33 و46 من القانون رقم 10/91).[1] كما تتولى المحاكم المختصة، التي يقع في دائرة إختصاصها محل الوقف، النظر في المنازعات المتعلقة بالأملاك الوقفية (م 48 من القانون رقم 10/91).

وتتكون موارد الوقف من العائدات الناتجة من رعاية الأملاك الوقفية واستثمارها وإيجارها، وكذا من الهبات والوصايا المقدمة لدعم الوقف، والتبرعات الممنوحة لبناء المساجد والمشاريع الدينية الخيرية من المحسنين (م 31 من المرسوم التنفيذي رقم 381/98).

خامسا : ضرورة توثيق عقد الوقف

ومن جهة أخرى، **يجب على الواقف أن يقيد الوقف بعقد لدى الموثق، وأن يسجله لدى المصالح المختصة بالسجل العقاري**، الملزمة بتقديم إثبات له، وإحالة نسخة منه إلى السلطة المكلفة بالأوقاف (م 41 من القانون رقم 10/91، و63 من القانون رقم 25/91 المؤرخ في 1991/12/16 المتضمن قانون المالية لعام 1992). وتعفى الأملاك الوقفية العامة، من رسم التسجيل والضرائب والرسوم الأخرى، لكونها عملا من أعمال البر والخير (م 44 من القانون رقم 10/91).

غير أنه يجوز إثبات الوقف المبرم قبل صدور القانون رقم 10/91 المؤرخ في 1991/04/27 المتعلق بالأوقاف، **بجميع طرق الإثبات الشرعية والقانونية** (م 8 و35 من القانون رقم 10/91 و191 و217 من ق.أ) ؛[2]

وذلك، **لأن عقد الوقف في أحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها لا يخضع للرسمية بكل حذافيرها، لأنه من أعمال التبرع الخيرية**، التي تدخل

---

[1] - مجلس الدولة، 2005/07/12، ملف رقم 16765، م.م.د، 2005، العدد7، ص 145.

[2] - أ. حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، المرجع المذكور، ص 101 ما بعدها ؛ أ. زروقي ليلى وأ. حمدي باشا عمر، المنازعات العقارية، مذكور سابقا، ص 226.

في أوجه البر والخير المختلفة، المنصوص عليها شرعا، والتي يستوجب تشجيعها والحث عليها ؛[1] فيبقى صحيحا ومنتجا آثاره الشرعية والقانونية ويكفى فيه الإشهاد، فلا تطبق عليه أحكام المادة 12 من الأمر رقم 91/70 المؤرخ في 1970/12/15 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق بحذافيرها ؛[2] ومن ثم يجوز إثبات عقد الوقف بوثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي، بشهود مع توقيعاتهم، والتصديق عليه من قبل المصلحة المختصة بالبلدية، وتسجيلها في السجل الخاص بمديرية الشؤون الدينية والأوقاف المختصة إقليميا.[3]

وفي هذا، قضت غرفة شؤون الأسرة والمواريث لدى المحكمة العليا بأن : **"القضاء بإلغاء عقد الحبس الذي أقامه الطاعن على المذهب الحنفي، الذي يجيز للبنات حق الإنتفاع فقط ؛ قبل صدور قانون الأسرة، بحجة عدم إفراغه في الشكل الرسمي، يعد خطأ في تطبيق القانون. ومتى كان كذلك، استوجب نقض القرار المطعون فيه"**[4].

كما حكمت الغرفة العقارية لدى المحكمة العليا، بأن : **"عقود الوقف المحررة قبل قانون التوثيق (وهو الأمر رقم 19/70)، الثابتة التاريخ، وغير المشهرة، تعد صحيحة ومنتجة لآثارها."**[5]

---

[1] - د. زكي شعبان، ود. أحمد الغندور، أحكام الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية، ، ص 455 وما يليها ؛ د. محمد سراج ود. محمد إمام، أحكام الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي والقانون، ص 353 وما بعدها.

[2] - المحكمة العليا، غ.ع، 2006/04/12، ملف رقم 348178، م.م.ع، 2006، العدد1، ص 435 ؛ 1999/11/16، ملف رقم 234655، إ.ق.غ.أ.ش، عدد خاص، 2001، ص 314 ؛ م.ق، 2001، العدد1، ص 268 ؛ 1986/02/24، ملف رقم 40589، م.ق، 1989، العدد1، ص 217 ؛ 1984/12/13، ملف رقم 35351، م.ق، 1989، العدد4، ص 95.

[3] - راجع المرسوم التنفيذي رقم 336/2000 المؤرخ في 2000/10/26، المتعلق بوثيقة الإشهاد المكتوب، لإثبات الملك الوقفي وشروطه، وكيفيات إصدارها وتسليمها.

[4] - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1999/11/16، ملف رقم 234655، إ.ق.غ.أ.ش، م.ق، عدد خاص، 2001، ص 314.

[5] - وقف- عقد عرفي- عدم الشهر العقاري- عدم التسجيل. راجع المحكمة العليا، غ.ع، 2006/04/12، ملف رقم 348178، المشار إليه.

المطلب الرابع

حق الإستعمال وحق السكنى

(Les Droits d'usage et d'habitation)

أ- حق الاستعمال (Droit d'usage) :

هو حق عيني يخول صاحبه مكنة استعمال الشيء المملوك للغير فيما أعد له هذا الشيء، فهو حق عيني أصلي يرد على منقول أو عقار يخول لصاحبه **سلطة الاستعمال دون الإستغلال**[1]؛ كأن يرد هذا الحق على سيارة مثلا، فيكون لصاحبه حق استعمال ركوبها هو وأفراد أسرته ممن يعولهم من زوجة وأولاد وأقارب وخدم، دون أن يكون له حق التصرف فيها أو تأجيرها.

فإذا كان إستعمال الشيء يؤدي إلى الحصول على ثماره، كما هو الحال في استعمال الأرض الزراعية، فإن صاحبه يستحق من هذه الثمار بمقدار ما يسد حاجته هو وأسرته فقط[2]؛ فإن حقي الإستعمال والسكنى لا يمنحان لصاحبهما سوى الإستعمال فقط دون الإستغلال، ومن ثم فهما أضيق نطاقا من حق الإنتفاع.

وعلى كل، يجب إستعمال الحق وفقا لما تقضي به التشريعات الجاري بها العمل، والمتعلقة بالمصلحة العامة أو الخاصة، وأن لا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك جاره أو بالغير.[3]

ب- أما حق السكنى (Droit d'habitation) :

فهو حق عيني أصلي مقصور على صورة من صور حق الإستعمال، وهو سكنى الشخص وأسرته ممن يعولهم على نحو معين، دون بقية صور الاستعمال، ودون التصرف؛ **فهو حق أضيق نطاقا من حق الإستعمال، لأنه لا يرد إلا على عقار يصلح محلا للسكن**، أي معد للسكن؛ وما يطبق على حق الإستعمال من أحكام يطبق على حق السكنى (م 855-857 من ق.م).[4]

---

[1] - وبهذا يختلف عن حق السكنى الذي لا يرد إلا على عقار.

[2] - د. عبد المنعم البدراوي، شرح القانون المدني في الحقوق العينية الأصلية، ص 291 ؛ د. محمد سوار، الحقوق العينية اللاأصلية، ج2، فقرة 387، ص 397.

[3] - **المحكمة العليا**، غ.م، 1997/06/25، ملف رقم 148810، م.ق، 1997، العدد1، ص 111.

[4] - وتقابلها 996-998 مدني مصري، و1261-1265 مدني عراقي، و1220-1224 مدني أردني، و1349-1353 مدني إماراتي، و955-957 مدني كويتي، و697-702 مدني سوداني.

وعلى هذا، فإنه يصح أن يكون حق الانتفاع مقصورا على حق الاستعمال فقط (وهو حق الإستعمال الذي يرد على العقارات والمنقولات)، أو يكون قاصرا على حق السكنى فقط (وهو حق السكن الذي لا يرد إلا على العقارات المعدة للسكن، أي أن محله دار يسكنها صاحب حق السكن وأسرته، ومن ثم فهو وجه من وجوه الإستعمال)؛[1] ويتحدد نطاقهما بمقدار حاجة صاحب الحق وأسرته لأنفسهم فقط، دون الإخلال بالأحكام التي يقررها السند المنشئ للحق من أحكام.[2]

فإذا اوصى لشخص بسكنى دار مكونة من عدة طبقات أو شقق، فلا يجوز له قانونا أن يسكن منه إلا بالقدر الكافي لسكناه هو وأسرته ممن يعولهم كالزوجة والأولاد والأقارب والخدم، ما لم تقرر الوصية خلاف ذلك؛ فلا يجوز له أن يؤجره، ولا إسكان غيره في نصيبه بعوض، حتى لو كان هذا العوض أجرة لدار يسكنها.

فقد نصت المادة 643 مدني فرنسي صراحة على أن: حق السكنى (Droit d'habitation) ملازم للمنتفع ملازمة شخصية، ولغرض السكنى فقط له ولأسرته؛ لا يقبل الإنتقال إلى غير المنتفع، ولا أن يؤجره، ولا إسكان غيره.[3]

ومن ثم، يتميز حق السكني عن حق الإيجار، في أن الأول حق عيني (م 855 إلى 557 من ق.م)؛ والثاني حق شخصي (م 467 من ق.م المعدلة عام 2007 وما بعدها).

أحكام حق الإستعمال وحق السكنى:

نصت المادة 857 من ق.م، على أنه: "**تسري القواعد الخاصة بحق الانتفاع على حق الاستعمال وحق السكنى، متى كانت لا تتعارض مع طبيعة هذين الحقين** (Transposition des règles applicables à l'usufruit sauf à

---

[1] - إستئناف دوي Douai، 1976/05/26، JCP، 1977، رقم 2، 146.

[2] - المادة 855 مدني جزائري، 996 مدني مصري، و1224 مدني اردني، و1350 مدني إماراتي.

[3] - Voir Weill (A), Terré (F), Simler (Ph), Les Biens, op.cit, N° 789 et s; Piedeliévre, Rép. Civ, Usage, Habitation .

(défaut de stipulations particuliéres[1]؛ مع بعض الإهتمام والمرونة بالنسبة لحق السكنى على وجه الخصوص.[2] وهذا يرجع في الحقيقة إلى الطابع الشخصي الذي يتسم به حقي الإستعمال والسكنى،[3] لكونهما من الحقوق التي ترتبط بمن تتقرر لمصلحته، فهي تتعلق بشخص صاحب الحق وأسرته.[4]

وعلى هذا، تسري الأحكام المتعلقة بحق الإنتفاع على حق الإستعمال وحق السكنى، ما دامت لا تتعارض مع طبيعة كل منهما ؛ فإن نطاق حق الإستعمال وحق السكنى يتحدد بمقدار ما يحتاج إليه صاحب الحق وأسرته الخاصة أنفسهم، وفقا للمادة 855 من ق.م ؛ كما أنه لا يجوز التنازل للغير عن حق الإستعمال وحق السكنى، إلا بناء على شرط صريح في سند إنشاء الحق أو مبرر قوي، طبقا لمقتضيات المادة 856 من ق.م.

ويصح قانونا أن يكون تمليك المنفعة قاصرا على الإستعمال أو على السكنى ؛[5] كما أن كلاهما من الحقوق العينية الأصلية التي لا تنتقل إلى أصحابها إلا بالتسجيل ؛ وكلاهما يخول لصاحبه سلطة إستعمال الشيء المملوك فيما أعد له.[6]

وعلى ذلك، **يقع حق الانتفاع على حق الاستعمال أو حق السكنى أو هما معا** ؛ وإن كان حق السكنى لا يرد إلا على العقارات المعدة للسكن كما أشرنا ؛ وأسباب كسبهما هي العقد والوصية والتقادم والحيازة، أما الشفعة فلا تصلح سببا لكسبهما لأن من مقتضيات الشفعة أن يتم بيع المشفوع فيه كما رأينا. ويتحدد نطاق كل من حق الإستعمال وحق

1- وتقابلها المادة 998 مدني مصري، و1224 مدني أردني، و1352 مدني إماراتي و625 وما بعدها مدني فرنسي.

2- المادة 632 و633 مدني فرنسي.

3- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج6، ص 557 ؛ المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ج2، ص 725.

4- نقض مدني فرنسي، 1982/03/01، دالوز، 1983/07/12، Civ. Bull، 3، رقم 166 ؛ إستئناف باريس، 1997/09/11، Inf. Rap، 1983، 16، تعليق أ. روبار A. Robert ؛ تمييز مدني أردني، ملف رقم 97/1393، م.ق، ج3، ص 229.

5- المادة 1261 مدني عراقي.
Voir Piedelièvre S, Rép. Civ, Usage, Habitation.

6- تمييز مدني اردني، 1991/10/02، ملف رقم 91/439، م.ن.م، 1993، ص 605.

السكنى من خلال النص على ذلك في السبب المنشئ للحق، بحاجة صاحب الحق وأسرته لأنفسهم فحسب (م 855 من ق.م).[1]

وفي هذا السياق، فإن أسباب إنقضاء حق الإستعمال وحق السكنى هي ذاتها أسباب إنتهاء حق الإنتفاع : فهما ينتهيان بموت صاحب الحق، وبحلول الأجل المحدد لهما في سند إنشاء الحق، وبهلاك الشيء الذي يرد عليه الحق، وبتنازل صاحب الحق، وبقضاء المحكمة لسوء الإستعمال، وبإتحاد الذمة، وبعدم الإستعمال.

كما أن **إلتزامات صاحب حق الإستعمال وحق السكنى : هي نفسها الإلتزامات التي تقع على صاحب حق الإنتفاع**، بضرورة إستعمال الشيء فيما أعد له، وبحفظ العين وردها في نهاية المدة إلى المالك، وصيانتها وبالتكاليف المعتادة، وفقا لمعيار الشخص المعتاد.

ويفرض القانون على عاتق صاحب حق السكنى، الإلتزام بالقيام بالإصلاحات الضرورية التي تلزم الدار التي تقرر عليها حق السكنى ؛ إذا احتاجت للترميم والإصلاح في مقابل تعويض صاحب السكنى بما أنفق بثمن المثل زمانا ومكانا. فإذا امتنع عن القيام بتلك الترميمات والإصلاحات، فإن حقه يتعرض للسقوط، كجزاء للإخلال بهذا الإلتزام الذي يقع على عاتقه ؛ وجاز للمحكمة أن تؤجر الدار لآخر يقوم بإصلاحها، وتحسم نفقات الإصلاحات من الأجرة، على أن ترد الدار إلى صاحب السكنى بعد إنتهاء مدة الإيجار.[2]

وعلى هذا، **يتفق الحقان مع حق الانتفاع في عدم التأبيد**، فهي حقوق مؤقتة محدودة بمدة معينة، فهي **تنتهي بحلول الأجل المحدد لها** ؛ كما أنها **تنقضي بوفاة صاحبها، فكلاهما حقان مرتبطان بشخص من يملكهما كما أشرنا (م 857 من ق.م)، فلا يجوز التنازل عن حق الإستعمال أو عن حق السكنى للغير (م 856 م ق)**، إلا بناء على شرط صريح أو مبرر قوي لهذا

---

[1] - نقض مدني فرنسي، 3، 1974/04/30، JCP ، 1975، 2، 17994، تعليق أ. أورلياك Ourliac ؛ إستئناف رين Rennes، 1980/20/15، دالوز، Inf. Rap ، 1983، 13، تعليق أ. روبار A. Robert.

[2] - المادة 1222 مدني أردني.

التنازل (كأن تصبح الدار محل الحق قديمة غير لائقة لسكن المنتفع مثلا)[1] غير أن الحق في السكن ينتقل بعد وفاة صاحب الحق لأفراد أسرته الذين كانوا يقيمون معه في الوحدة السكنية [2]؛ فإن حق الإيجار قانونا لا ينتهي بوفاة المستأجر المنتفع من السكن المؤجر، بل ينتقل إلى ورثته تلقائيا[3].

وأخيرا، نلاحظ بأنه ليس هناك ما يدعو إلى إفراد كل منهما بقواعد مستقلة، وهو ما سلكه المشرع الجزائري في المواد من 855 إلى 857 من ق.م ؛ لأن ما يطبق على حق الإستعمال يطبق على حق السكنى (Les règles de l'habitation sont celles du droit d'usage) ؛ فيما عدا حكم وحيد وهام وهو أن صاحب حق الإستعمال (Usage) يستطيع نقل حقه إلى الغير بمقابل، في حين أن صاحب حق السكنى (Habitation) لا يحق له ذلك ؛ لأنه مقصور على العقارات المعدة للسكن، ولغرض السكنى فقط لصاحب الحق وأسرته (Le droit d'habitation est incessible, insaisissable, insusceptible d'hypothèque, et ne peut être donné à bail)[4].

وفي هذا، قضت المحكمة العليا في قرار مشهور بأنه :" من المقرر قانونا أنه، **لا يجوز الإستيلاء بأي حال، على المحلات المخصصة فعلا**

---

[1] - المادة 856 من ق.م.

وفي هذا يختلف حق الإستعمال وحق السكنى عن حق الإنتفاع، ذلك أنه كقاعدة عامة لا يجوز التنازل للغير عن حق الإستعمال وحق السكنى، إلا بناء على شرط صريح وارد في السند المنشئ للحق، أو مبرر قوي أي ضرورة قصوى تقتضي ذلك. نقض مدني فرنسي، 2، 1979/11/14، JCP، 1981، 2، 19507، تعليق أ. قوبو Goubeaux.

Voir Weill (A),Terré (F), Simler (Ph),Droit civil, Les Biens,op. cit, 1985, N° 792.

[2] - تمييز مدني اردني، 1993/11/13، ملف رقم 93/1328، المرجع نفسه، 1994، ص 213.

[3] - المحكمة العليا، غ.م، 1987/05/06، ملف رقم 40944، م.ق، 1991، العدد 3، ص 15 ؛ 1990/09/24، ملف رقم 62624، المرجع نفسه، 1992، العدد 2، ص 24؛

[4] - نقض مدني فرنسي، 1، 1963/12/18، Bull. Civ، 1، رقم 564 ؛ 1958/05/20، Bull. Civ، 1، رقم 257.

وراجع نقض مدني فرنسي، 2، 1983/07/12، Bull. Civ، 3، رقم 166 ؛ 1979/11/14، JCP، 1981، 2، 19507، تعليق الأستاذ قوبو Goubeaux ؛ إستئناف باريس Paris، 1982/03/01، دالوز، Inf. Rap، 1983، 16، تعليق الأستاذ روبار A. Robert ؛ إستئناف رين Rennes، 1980/20/15، دالوز، Inf. Rap، 1983، 13، تعليق نفس الأستاذ.

Voir Piedelièvre S, Rép. Civ, Usage, Habitation ; Pillebout. Droit d'usage et d'habitation, JCP, 1976, 1, 2826 ; Contentieux du Droit d'usage et d'habitation, JCP, 1981, 1, 3049.

للسكنى. ومن ثم، فإن القرار الإداري المتضمن الإستيلاء على سكن غير شاغر، يعد مشوبا بعيب خرق القانون."[1]

المطلب الخامس

حق المساطحة

(Droit de Superficie)

1- التعريف حق المساطحة :

وهو ما يسمى بـ "حق القرار"، أو بالمساطحة، أو السطحية، وهو حق عيني أصلي متفرع عن حق الملكية (Le droit de Superficie est un droit réel exlusif d'utiliser une surface déterminée du sol)،[2] يعطي لصاحبه الحق في إقامة بناء أو منشآت أو غراس على أرض مملوكة لغيره، على وجه الإستقلال، لمدة طويلة مقابل أجر محدد، فتكون مملوكة له بحكم الإلتصاق ؛ مما يكفل له القدر الكافي من الإستقرار.[3] وقد تضاءلت في الزمان الحالي الأهمية العملية لحق المساطحة.

فهو حق عيني مشابه **لحق الإجارة الطويلة** ؛ وبذلك فإن حق السطحية هو صورة خاصة من صور حق الإنتفاع، بطريق الإجارة لسطح الأرض (Le bail Superficiaire)،[4] يرد على أرض مملوكة للغير مقابل أجر

---

[1] - **المحكمة العليا**، غ.م، 1982/07/12، ملف رقم 42136، م.ق، 1990، العدد4، ص 168.

[2] - راجع المادة 552 مدني فرنسي ؛ و1225 إلى 1232 مدني أردني ؛ و1353 إلى 1360 مدني إماراتي.

[3] - نقض مدني فرنسي، 1، 1965/05/24، Bull Civ، 1، رقم 335 ؛ 3، 1983/11/03، Gaz Pal، 1984، 1، 77، ملاحظات الأستاذ Piedelièvre.

Le droit de superficie est un droit réel qui confère au superficiaire la propriété des construstions et plantations érigées sur un fonds qui appartient à un autre.

Voir Cass.Civ, 1°, 25/04/2006, D, 2006 , p 2366 ; 19/02/1975, D, 1975 , 118 ; Marty (G), Raynaud (P), Jourdain (P), Droit civil, Les Biens, Dalloz,3e éd, Paris, 1995, N° 177 ; Malaurie (Ph) et Aynès (L), Les Biens. Op.cit, N° 437, 900-905.

[4] - المادة 1266 مدني عراقي، و997 مدني سوري ؛ **نقض مدني مصري**، 1994/10/25، م.أ.ن، س42، ج2، ص1317.

Voir Viatte, Bail à construction, Rev. Des Loyers, Paris, 1996, p 9 et s ; Willmann R, Usufruit et droit au bail, LGDJ, Paris, 1963, p 20 et s ; Tixier, Le Bail à

معلوم، بهدف إستصلاحها وتحسينها بالأبنية والمنشآت والغراس؛ فهو في تكييفه القانوني حق وسط بين **الإيجار والحكر**.[1] وهو مأخوذ من أحكام الشريعة الإسلامية، في تملك السطح دون العلو ودون السفل، كما أنه يفضي إلى قيام ملكيتين متمايزتين هما: ملكية الأرض من جهة (مالك الأرض)، وملكية البناء أو الأغراس من جهة أخرى (صاحب حق المساطحة)، وكل منهما يعد مالكا أجنبيا عن الآخر.[2]

وعلى هذا، ذهب بعض الفقه، وكذا إجتهادات القضاء الفرنسي، وما سار عليه القضاء المصري، إلى أن: **حق المساطحة هو في الحقيقة حق ملكية مستقل عن ملكية الأرض** (Le superficiaire a non seulement un droit d'usufruit mais un véritable droit de propriété)،[3] لأن الأبنية أو الأغراس تتبع الأرض من حيث النوعية فقط؛ فهو بمثابة حق ملكية قائم بذاته، ولا يعد جزءا من أجزاء الملكية كحق الإنتفاع وحق الإرتفاق.[4]

وعلى كل حال، فإن **حق السطحية هو الحق العيني المؤقت الذي يترتب لبناء أو غراس على سطح الأرض، لا على سطح البناء**؛ ولا يتعدى إلى باطن الأرض. ومن ثم، حكم القضاء بأن: "إعطاء الحق لعقار بالتعلية على عقار آخر، هو من الحقوق المتعلقة بملكية الطبقات، ولا شأن له بحق السطحية الذي هو حق المالك في أبنية أو منشآت أو أغراس قائمة على أرض هي لشخص آخر.[5]

---

construction, Litec, Paris, 2003 ; Maly Ch, Le Bail à réabilitation, Litec, Paris, 2000 : Ch Goyet, Le bail Superficiaire, Thèse, Strasbourg, LGDJ, 1983 ;

[1] - المواد من 1225 إلى 1232 مدني أردني؛ ومن 1353 إلى 1360 مدني إماراتي.

[2] - مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج6، ص 561؛ المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، المواد 1225- 1233.

[3] - نقض مدني فرنسي، 1، 1963/12/18، Bull. Civ، 1، رقم 564؛ 1958/05/20، Bull. Civ، 1، رقم 257؛ 1834/02/13، سيري، 1834، 1، 205، التعليق على القرارات الكبرى، ج1، رقم 60؛ نقض مدني مصري، 1994/10/25، م.ا.ن، س42، ج2، ص1317.

Voir Weill (A), Terré (F), Simler (Ph), Droit civil, Les Biens, op. cit, 1985, N° 875.

[4] - د. محمد سوار، الحقوق العينية الأصلية، ج2، فقرة 392، ص 400 و401.

[5] - نقض مدني سوري، 1960/10/24، قر 669 تا، مجلة القانون، 6، 1961، ص 555.

ولم يخصص القانون المدني الجزائري لحق المساطحة مواد مستقلة تنظمه، مما يستوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة تطبيقا لها (م 1/1 من ق.م) ؛ غير أنه أشار في المادة 2/675 و3 من ق.م إلى أنه : " تشمل ملكية الأرض ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد في التمتع بها علوا وعمقا. ويجوز بمقتضى القانون أو الإتفاق أن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها وما تحتها."

كما أنه عند إنتهاء حق السطحية، يطبق في القانون المدني الجزائري، على البناء والمنشآت والغراس، التي أحدثها صاحب حق المساطحة أحكام الإلتصاق (Construstions et Plantations existantes)، وفقا لمقتضيات المواد 492 المعدلة عام 2007 و784 إلى 790 من ق.م، إلا إذا وجد إتفاق بغير ذلك.[1]

فلصاحب الأرض مطالبته بهدم البناء وقلع الغراس، أو أن يتملك هذه المحدثات بدفع قيمتها فقط، إذا كانت الإزالة مضرة بالعقار، بمبلغ يساوي ما زاد في ثمن الأرض محل حق المساطحة ؛ فإن كان الهدم والإزالة لا يضر بالعقار، فليس لصاحب حق المساطحة أن يبقيها بغير رضا المالك، كما أنه لا يلزم صاحب الأرض بتمليك أرضه لصاحب البناء والمنشآت.[2]

2- طرق إكتساب حق المساطحة

ينشأ حق المساطحة بالإتفاق (العقد)، أي بالتصرف القانوني المنشئ لهذا الحق العيني، المبرم بين صاحب الرقبة والمساطح ؛ بعوض كالبيع أو

---

[1] - وهو ما حكمت به المحكمة العليا في قرار حديث مشهور لها، مؤرخ في 2007/06/20، ملف رقم 272909 من أنه: " يخير صاحب الأرض، إذا كان من أقام المنشآت على أرضه حسن النية، بين دفع قيمتها، أو دفع مبلغ يساوي ما زاد في قيمة هذه الأرض بسببها ؛ ولا يلزم صاحب الأرض قضاء بأي حال، بتمليك أرضه لصاحب المنشآت."
المحكمة العليا، غ.ع، 2007/06/20، ملف رقم 272909، م.م.ع، 2010، العدد2، ص 189 ؛ وراجع أيضا: 2011/03/10، ملف رقم 643997، م.م.ع، 2011، العدد1، ص 141 ؛ 20/ 1989/12/13، ملف رقم 56099، م.ق، 1993، العدد2، ص 18 ؛ 1988/10/26، ملف رقم 48167، م.ق، 1990، العدد3، ص 23 ؛ 1985/10/28، ملف رقم 36466، م.ق، 1989، العدد1، ص 200.

[2]-Voir Junillon J, Obs sous Cass.Civ, 1°, 25/04/2006, D, 2006 , p 2366.

بغير عوض كالهبة ؛ وقد يكون العقد ناقلا لحق المساطحة أيضا ؛ ويجب أن يستوفي التصرف القانوني أركانه وشروطه وكذا الشكل الذي يتطلبه القانون لنفاذ المساطحة في مواجهة الغير.

فإنه يجوز بمقتضى القانون أو الإتفاق، أن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها أو ما تحتها (م 3/675 من ق.م) ؛[1] كأن يتفق مالك الأرض مع آخر يجيز له إقامة بناء أو منشآت على هذه الأرض، بحيث يكون البناء مملوكا لشخص والأرض مملوكة لشخص آخر ؛ ويسمى حق الشخص فوق السطح بحق السطحية أو حق القرار (Droit de Superficie)، وقد ينصرف عند بعض الفقه إلى حق التعلي فوق البناءات القائمة (Les constructions en volumes) ؛[2] وهو حق عيني أصلي مؤقت يتفرع عن الملكية، يمكن تأقيته بمدة معينة مقابل أجر معين ينتهي بإنقضاء المدة المحددة.[3]

ويمكن إكتساب حق المساطحة أيضا، **بمرور الزمان** (وهو التقادم)، أي حيازة المساطح للأرض المساطحة بمرور عشر سنوات فأكثر بدون انقطاع، فيدعي أنه مالك لحق المساطحة، مع توافر السبب الصحيح وحسن النية (م 828 من ق.م).[4]

كما أنه ينتقل حق المساطحة **بالميراث، باعتباره حقا عينيا قابلا للتوريث** ؛ فلا ينتهي حق المساطحة بوفاة المورث، بل ينتقل من بعده إلى ورثته الشرعيين، مع مراعاة مدة المساطحة المنصوص عليها في السند المنشئ لحق المساطحة ؛ كما ينشأ حق المساطحة **بالوصية**، وذلك بأن يوصي مالك الرقبة بحق المساطحة لشخص معين، أو لجهة معينة، فتبقى ملكية الأرض للورثة.[5]

---

[1] - المحكمة العليا، غ.م، 1994/02/07، ملف رقم 113840، م.ق، 1994، العدد2، ص 158.

[2] - Voir Savatier R, La propriété des volumes dans l'espace et la technique juridique des grands ensembles immobilièrs, D, 1976, Chr. 103 ; Gaudemet y, Les constructions en volumes sur le domaine public, Jour R Savatier, PUF, 1990, p 135.

[3] - نقض مدني مصري، 1994/10/25، م.أ.ن، س42، ج2، ص1317 ؛ نقض مدني فرنسي، 1834/02/13، سيري، 1834، 1، 205، التعليق على القرارات الكبرى، ج1، رقم 60. راجع سابقا نطاق حق الملكية.

[4] - المادة 1226 مدني اردني.

[5] - يكسب حق المساطحة بالإتفاق او مرور الزمان. المادة 1226 مدني أردني.

3- آثار حق المساطحة

إن السند المنشئ لحق المساطحة، يكون متضمنا لحقوق والتزامات المساطح، ومن ثم محتويا ومنظما لنطاق هذا الحق ومضمونه ؛ فيكون للمساطح الحق في تملك البناء أو الغراس، والتصرف في حق المساطحة.

وبمقتضى حق المساطحة، يمتلك المساطح حقا عينيا على أرض لشخص آخر، **فيحق له الإنتفاع بالأرض بكافة وجوه الإنتفاع المشروعة،** بإستصلاحها وتحسينها، ببناء أو غراس مرتكز على سطح الأرض، لا على سطح البناء ؛ ولا يتعدى هذا الحق إلى باطن الأرض، فلا يكون له ما يوجد في باطن من أحجار ومعادن أو كنوز.[1] فإذا وجد في الأرض محل حق المساطحة كنز مثلا، جاز لصاحب الأرض أخذ أربعة أخماسه كما رأينا.

ومن ثم، يحق لصاحب حق المساطحة أن يقيم بناء أو منشآت أو غراس على سطح الأرض فقط دون باطنها، **فيملك المساطح ما أحدثه في الأرض من بناء أو غراس ؛ ويحق له أن يتصرف بجميع أنواع التصرف،** فيما أقامه من محدثات بمواد من عنده على الأرض مقترنة بحق المساطحة.[2]

وبذلك تنفصل ملكية الرقبة عن ملكية المساطحة لمدة طويلة متفق عليها، فيكون المساطح مالكا ملكية تامة، لما أحدثه من من بناء أو منشآت أو زرع أغراس بمواد من عنده على الأرض محل حق المساطحة لإستثمارها ؛ ويجوز له إثبات هذه المحدثات التي أحدثها بمقتضى حق المساطحة وفقا للقواعد العامة (Le droit de Superficie est un droit réel, dont la preuve doit être rapportée suivant les règles du droit commun).[3]

---

[1] - نقض مدني سوري، 1960/10/24، المشار إليه ؛ نقض مدني مصري، 1994/10/25، م.أ.ن، س42، ج2، ص1317.
Voir J-P Bertel, La nature juridique du droit de superficie, RTDCiv, 1994, p 737 et s ; J-P Marty, Contribution à l'étude du du droit de superficie, Thèse, Toulouse, LGDJ, 1979 ; J-Ch Chaput et S Rochegude, La notion de droit de superficie, Defrénois, 2007, 573 et s.

[2] - المادة 1226 و1227 و1229 مدني اردني ؛ و1355 و1357 مدني إماراتي.

[3] - نقض مدني فرنسي، 1989/11/15، 3، RTDCiv، 1990، 304، ملاحظات الأستاذ F Zénati ؛ 1958/05/20، Bull. Civ ، 1، رقم 564 ؛ 1963/12/18، 1، Bull. Civ ، 1، رقم 257 ؛ 1834/02/13، سيري، 1834، 1، 205، التعليق على القرارات الكبرى، ج1، رقم 60.

كما أنه يجوز لصاحب حق المساطحة أن يتصرف في حقه دون البناء أو الغراس، ويصبح هو المستأجر في هذه الحالة لحق المساطحة مع بقائه مالكا للبناء أو الغراس ؛ ويجوز له أن يتصرف في هذين الحقين مجتمعين، لأن كلا منهما مكمل للآخر ؛ فيجوز له التنازل عن حقه للغير بعوض أو بدون عوض، كما يجوز له أن يثقله رهنه، أو ينشئ عليه حق إنتفاع، أو تقرير حق إرتفاق لخدمة عقار آخر، بما يتفق مع استعمال حق المساطحة، أي بما لا يتعارض مع طبيعة هذا الحق، مع رفع الضرر عن الطرفين قدر الإمكان.[1]

ولا يجوز لكل من صاحب حق المساطحة ومالك الأرض أن يطلب قسمة العقار، لأنهما ليس مالكين على الشيوع، بل كل منهما يعد مالكا مستقلا بحق ملكية قائم بذاته.[2]

هذا، **ويلتزم المساطح أو من يخلفه في هذا الحق، بدفع الأجرة المتفق عليها** في السند المنشئ للحق،[3] كما أنه **يلتزم برد الأرض إلى صاحبها عند انتهاء الأجل المعين له** ؛ فإذا تخلف عن دفع الأجرة لمدة سنتين متتاليتين، فإن حق المساطحة ينتهي بقوة القانون، دون حاجة إلى حكم قضائي، ما لم يتفق على غير ذلك. فينتهي حق المساطحة إذا فسخ السند المقرر له، لإمتناع المساطح عن الوفاء بالأجرة لمدة سنتين متتاليتين.[4]

كما أنه يلتزم بأن ينتفع بالأرض في نطاق حق المساطحة، فلا يخرجها عما أعدت له، وفقا للشروط المتفق عليه، مراعيا في ذلك طبيعة الأرض، والغرض الذي أعدت له، وكذا ما يقضي به عرف الجهة.

---

1 - د. محمد سوار، الحقوق العينية الأصلية، ج2، فقرة 396، ص 403 ؛ د. عبد المنعم البدراوي، الحقوق العينية الأصلية، ص 296.

2 - د. محمد سوار، نفس المرجع، ج2، فقرة 392، ص 401.

3 - تسري على أجرة المساطحة القواعد العامة في الأجرة، وفقا لأحكام عقد الإيجار، فتكون مستحقة في المواعيد المتفق عليها ؛ وفي حالة عدم الإتفاق تستحق في نهاية كل سنة. أنظر ملاحظات الأستاذ زناتي F Zénati، على نقض مدني فرنسي، 3، 1989/11/15، RTDCiv، 1990، 304.

4 - المادة 1009 مدني مصري، و3/1338 مدني إماراتي.

4- إنتهاء حق المساطحة

يتهي حق المساطحة بانتهاء المدة المحددة، أي بحلول الأجل المعين له، وفقا للمدة المتفق عليه في سند إنشائه ؛ فلا ينتهي حق المساطحة إذا زال البناء أو الغراس قبل المدة المتفق عليه، بل يبقى لحين إنتهاء مدته.[1]

ولا يجوز أن تزيد مدة حق المساطحة عن خمسين (50) سنة، وهي المدة القصوى لحق المساطحة ؛ فإذا لم تحدد مدة جاز لكل من صاحب الحق ومالك الرقبة إنهاء العقد بعد سنتين من وقت إعذاره وإنذاره بذلك ؛ فإذا تم الإتفاق على مدة أطول، إنقضت المساطحة بخمسين سنة، ويجوز الإتفاق على تجديد المدة بعد إنتهاء مدة حق المساطحة.[2]

كما ينتهي حق المساطحة بفسخ السند المنشئ للمساطحة، إذا أخل صاحبه بالإلتزامات التي يلقيها عليه هذا السند ؛ كمخالفته للإستعمال المتفق عليه وفقا لطبيعة الأرض، أو كعدم قيام المساطح بالوفاء بالأجرة لمدة سنتين متتاليتين ؛ وينتهي هذا الحق أيضا إذا آلت الأرض للمساطح بالبيع أو الهبة أو الميراث، باتحاد صفتي المالك وصاحب الحق، وهو مايسمى باتحاد الذمة.

كما ينتهي حق المساطحة بهلاك الأرض ماديا، كأن تغمرها مياه البحر أو السيول ؛ وكذا بنزع ملكيتها للمنفعة العامة، وفي هذه الحالة تصبح الأرض ملكا عاما وينتهي حق المساطحة، ولا يكون للمساطح سوى المطالبة بالتعويض عن البناء أو الغراس الذي يكون قائما على الأرض.[3]

ويجوز لمالك الرقبة (مالك الأرض) عند انتهاء المساطحة، الحق في طلب إزالة البناء أو المنشآت أو الغراس الموجودة بالأرض على نفقة هذا الأخير، أو تملكها بقيمتها إذا كانت الإزالة أو القلع مضرة بالعقار ؛ فتطبق على هذه المحدثات الأحكام الخاصة بذلك في الإجارة، وبصفة

---

[1] - المادة 1231 و1232 مدني أردني.

[2] - المادة 1228 ، وستين سنة وفقا للمادة 1336 مدني إماراتي.

[3] - نقض مدني مصري، 1958/12/25 ، م.أ.ن، رقم 107، ص 816.

خاصة الأحكام المتعلقة بالمزارعة (المغارسة).[1] فإنه يكون لمالك الرقبة أن يختار أحد هذين الأمرين، بالإضافة إلى حقه في التعويض عما يكون قد لحقه من أضرار بسبب القلع أو الإزالة، أو بسبب تعد أو تقصير من المساطح، كأن يخالف المساطح بدون وجه حق الشروط والبنود والإلتزامات الواردة في سند إنشاء الحق.[2]

المطلب السادس

حق الحكر

أ- التعريف بالحكر

هو حق عيني أصلي يتقرر على عقار من الأراضي الموقوفة للأغراض الخيرية، يخول لصاحبه وهو المحتكر، ولورثته الشرعيين من بعده، حق الإنتفاع بها، بالبناء عليها أو استعمالها للغراس أو لأي غرض آخر، بما لا يضر بالوقف، لمدة لا تتجاوز خمسين سنة، في مقابل أجرة محدودة وهي أجرة المثل.

أي أنه بمقتضى عقد الحكر، يتملك المحتكر حق الإنتفاع بالأرض الموقوفة المحكرة ملكية خالصة، أي أنه يكتسب حقا عينيا أصليا يخوله حق إستعمالها بالتعمير والإصلاح والبناء والغراس، مع بقاء رقبتها لجهة الوقف، لقاء أجر محدود.[3]

ولم يخص القانون المدني الجزائري الحكر بنصوص خاصة تنظمه، وترك أمر تنظيمه إلى أحكام الشريعة الإسلامية (م 1/1 من ق.م) ؛ غير أنه خص الوقف بقانون خاص متكامل والقوانين الصادرة المكملة له (Les biens Waqfs) كما رأينا.[4]

---

[1] - المادة 701 و1142 و1232 مدني اردني، و785 و1360 مدني إماراتي.

[2] - د. نبيل سعد، الحقوق العينية الأصلية، ص 214 و215 ؛ د. محمد منصور، الحقوق العينية الأصلية، ص 244 و245.

Voir Pérignon S, Peut-on vendre des droits à construire ? Défrenois, 1993, Art 35486 ; 1989, Art 34619.

[3] - يعتبر حق الحكر حقا متفرعا عن حق الملكية، وهو قد ينشأ لمدة طويلة ؛ والأجرة في الحكر هي أجرة المثل، تكون مؤجلة لا معجلة أي أنها تدفع في نهاية السنة.

[4] - المواد من 213 إلى 220 من القانون رقم 11/84 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 ؛ والقانون رقم 10/91 المؤرخ في 1991/04/27 المتعلق

إن أحكام التعاقد بالتحكير مأخوذة من الفقه الإسلامي، وكذا ن الإجتهادات الفقهية التي عمدت إلى التضييق من نطاقه باعتباره قيدا لى حق الملكية، وفيه شبه في المضمون بكل من عقد الخراج وعقد البيع عقد الإجارة، والسياق في الإتفاق هو الذي يحدد المعنى المراد ؛ وله صور تعددة أشهرها إتفاق صاحب الأرض الموقوفة الخالية أو الخربة (الذي لا ندر على تحمل نفقات إصلاحها الكبيرة، وتعطل الإنتفاع بها بالكلية) ع عاقد وهو المحتكر لمدة طويلة، على أن يدفع بدلا سنويا محدودا (وهو أجرة المحددة في عقد الحكر)، مقابل إقامة ذلك العاقد بناء أو غراسا لى الأرض المحكرة (أي مقابل إستصلاحها وإعمارها).[1]

فقد جاء في قرار مشهور لمحكمة النقض المصرية، بأن : حق **لحكر يعد حقا عينيا، يترتب لصاحبه على أرض الغير، يراد به الإنتفاع ـالأرض مدة طويلة، هي مدة الحكر لقاء أجر محدود** ؛ فيكون لمحتكر الإستقرار والبناء عليها والإستثمار فيها.[2]

وأول استخدام فقهي للحكر جرى في الأراضي الأميرية، ثم لجأت ليه الأوقاف في الأراضي الموقوفة (في العقارات الموقوفة حصرا)، ثم توسع ليه الناس قديما حتى استعملوه في الملك المطلق للحاجة إلى ذلك، غير أن لحاجة إلى الحكر في الوقت الحاضر قد قلت كثيرا ؛ الأمر الذي يجعل لإستغلال والتصرف بالأرض المحكرة من الأمور الصعبة غير الميسرة.[3]

بالأوقاف، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07/01 والقانون رقم 10/02 ؛ والقانون العقاري رقم 25/90 لمؤرخ في 1990/11/18 المتضمن التوجيه العقاري (م 31 و32 منه).

[1] - إن مصطلح حكر من المشترك اللفظي، فقد يراد يراد به عقد الحكر، وقد يراد به البدل أو الأجرة المقررة في عقد الحكر أو غيره كالخلو والكدك، وقد يراد به الأرض المحكرة أو البناء القائم عليها ؛ والسياق هو الذي يحدد المضون المقصود.

أنظرللإستزادة: **ابن عابدين**، رد المحتار، ج3، ص 606 ؛ **د. صالح الحويس**، أحكام عقد الحكر في الفقه الإسلامي، مطابع أروى، ط2، الرياض، 2013، ص 63 و115 و127 و173 و369 وما بعدها ؛ **عبد الجليل عشوب**، كتاب الوقف، المكتبة المكية، مكة المكرمة، 2009، ص 355 وما بعدها.

[2] - **نقض مدني مصري**، 1983/11/14، س 33، 910. ؛ **د. صالح الحويس**، أحكام عقد الحكر في الفقه الإسلامي، المرجع المذكور، ص 369

[3] - **د. محمد سوار**، نفس المرجع، ج2، فقرة 425، ص 419 ؛ **د. علي العبيدي**، الوجيز في الحقوق العينية، ص 220.

ونلاحظ أن عقد الحكر يخول للمحتكر حقوقا أوسع من حق المنتفع، كما أنه لا ينتهي بموت المحتكر، بل ينتقل إلى الورثة، ما دام أن الأجل المعين له لم ينته بد ؛ فهو لا ينتهي إلا بانقضاء أجله الذي قد يصل إلى خمسين سنة. فإن حق الحكر خلافا لحق الإنتفاع، ينتقل بالميراث أو بالوصية.[1]

ب-حقوق المحتكر والتزاماته

ينشأ حق الحكر بمقتضى عقد، يتم في **الشكل المطلوب والإجراءات الواجبة قانونا، لمصلحة محققة للوقف أو ضرورة تقتضيه؛** كإصلاح الأراضي الموقوفة التي تخربت وتعطل الإنتفاع بها، وليس ثمة لدى الوقف ريع تعمر به، بإصلاحها وإعمارها واستغلالها، بالبناء أو الغراس عليها، أو إقامة مشروع زراعي أو صناعي.[3] ومن ثم، **يشترط القانون لإنشائه أن تأذن به المحكمة الإبتدائية المختصة** الواقع في دائرتها الأرض المحكرة لجعلها صالحة للإستغلال ؛ **وأن يتم تسجيله في دائرة التسجيل، باعتباره حقا عينيا عقاريا.**[4]

ويخول عقد الحكر للمحتكر حق الإنتفاع بأرض موقوفة، بإقامة بناء أو غراس عليها، بتعميرها واستثمارها، وجعلها صالحة للإستغلال مقابل الأجرة المنصوص عليها في عقد الحكر. **وله أن يتصرف بالمحدثات على الأرض المحكرة بكافة أنواع التصرفات** ، كالبيع والإجارة والهبة والوصية والرهن، فله أن يرتب أي حق شخصي أو عيني على حق الحكر. **وينتقل هذا الحق بالميراث إلى الورثة بعد وفاة المحتكر**، فيحلون محل مورثهم في الإلتزام بالبناء والغراس إذا طلب جميع الورثة بقاء الحكر وأذن المتوفي بذلك.

---

[1] - المادة 1/1252 مدني أردني.

[2] - محكمة الموضوع هي صاحبة الحق في تقدير ثبوت هذا الحكر لذلك الوقف. **نقض مدني مصري**، 1932/06/02، طعن رقم 11، س 2 ق.

ومن المعلوم أن الشريعة الإسلامية حريصة على إعمار الأراضي والعقارات عموما، بحسب المصلحة العامة، وما يحتاجه الناس ويتعارفون عليه باستغلالها واستثمارها، لأن ترك العقار بدون تعمير واستغلال إضاعة له منهي عنه شرعا.

[3] - **المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني**، ج 2، ص 733.

[4] - المادة 1/1250 مدني أردني.

وعلى المحتكر أن يتخذ من الوسائل ما يلزم، لجعل الأرض المحتكرة صالحة للإستغلال، مراعيا في ذلك الشروط المتفق عليها في عقد الحكر طبيعة الأرض، والغرض الذي أعدت له، وما يقضي به عرف الجهة التي تقع بها.

ويكون التحكير لقاء أجر محدود، لا يقل عن أجرة المثل بحسب عرف الجهة التي تقع بها العين الموقوفة، فإن الأجرة في عقد الحكر هي أجرة المثل فقط، تزيد وتنقص تبعا لزيادة أو نقص أجرة المثل، وفقا لطول المدة ما دام أساس بنائه قائما أو أصل غرسه قائما ؛ بينما في عقد الإيجار، الأجرة ثابتة ومعلومة لمدة محددة، وفقا للعقد المبرم بين الطرفين (م 467 من ق.م المعدلة بالقانون رقم 05/07).[1]

فلا يجوز تحكير الأراضي الموقوفة بأقل من أجرة المثل، ولا تلزم المحتكر الزيادة بسبب البناء أو الغراس ؛ ومن ثم يشترط لإعادة النظر في أجرة الحكر أن يكون التعمير بالزيادة أو النقص قد بلغ حدا كبيرا يزيد على الخمس.[2] ويراعى عند تعديل الأجرة قيمة الأرض الإيجارية عند التقدير، وكذا موقعها ورغبات الناس فيها، دون إعتبار لما أحدثه المحتكر من بناء أو غراس.[3]

ج-إنتهاء حق الحكر

لا يجوز التحكير لمدة تزيد على خمسين (50) سنة، فإذا عينت مدة أطول تزيد على ذلك، أو لم تعين مدة بإنقضائه في العقد، اعتبر الحكر معقودا لمدة خمسين سنة ؛ وبذلك يكون حق الحكر حقا عينيا مؤقتا مقصورا لمدة لا تتجاوز خمسين سنة.[4]

1- كما أن عقد الحكر ينشأ لمدة طويلة (خلافا للوقف الذي في الغالب مؤبدا)، بينما الإيجار حق شخصي ينشأ لمدة موقتة. نقض مدني مصري، 1990/02/28، س 55، طعن رقم 1090.

2- د. عبد المنعم البدراوي، الحقوق العينية الأصلية، القاهرة، 1959، فقرة 262، ص 299.

3- د. محمد سوار، الحقوق العينية الأصلية، ج2، أسباب كسب الملكية، فقرة 432، ص 423.

4- المادة 1251 مدني اردني، وقد حددها بعض الفقهاء بسبعين سنة ؛ في حين جعلها القانون المدني المصري ستين سنة او اقل (م 1/1008)، وجعلها قانون المعاملات المالية العربي الموحد ستا وثلاثين سنة فقط (م 1146).

كما ينتهي حق الحكر، ولو قبل حلول الأجل، إذا زالت صفة الوقف على الأرض المحكرة ؛ وينتهي أيضا باتحاد الذمة، كما لو اشترى المحتكر الرقبة، أو أنه ورثها من مالك الرقبة ؛ كما ينتهي هذا الحق بهلاك الأرض المحتكرة هلاكا كليا، أو كنزع ملكيتها للمنفعة العامة.

وللمحكر إذا تم فسخ عقد التحكير، أو تم انتهاء الأجل المحدد له، أن يطلب إزالة البناء أو الغراس، أو إستبقائها مقابل دفع أقل قيمتها، بسبب زيادة أسعار العقارات عموما، ما لم يتفق على غير ذلك. وللمحكمة المختصة أن تقرر وسيلة الوفاء بمقابل البناء أو الغراس، وميعاد سداده عند عجز المحكر عن الوفاء.[1]

فلصاحب الرقبة (أو لجهة الوقف) حق الفسخ إذا امتنع المحتكر من إنشاء البناء أو الغراس المتفق عليه، أو امتنع عن دفع الأجرة السنوية مدة ثلاث سنوات متتالية، أو قصر في الوفاء بالإلتزامات العقدية المقصودة من عقد الحكر ؛ وتطبق عندئذ القواعد العامة في المسؤولية العقدية الواردة في التنفيذ العيني أو الفسخ.[2]

فإذا أهمل أو قصر أو تهاون في القيام بما يجب عليه نحو تعمير الأرض، فلا معنى لأن يكون للمحتكر أولوية بالبقاء في الأرض المحكرة الموقوفة ؛ مع مراعاة عرف الجهة التي تقع بها، أو الإجتهاد القضائي إن وجد في البلد. **فإذا تم فسخ عقد الحكر زال العقد بأي أثر له،** وتفصل المحكمة عند النزاع في مصير البناء والمنشآت والغراس التي قام بها المحتكر لإصلاح الأرض وتعميرها ؛ فقد يكون ما أنفقه في سبيل البناء والغراس يفوق قيمة الأرض الموقوفة.[3]

ونشير إلى أنه إذا أحدث المحتكر أبنية أو غراس، دون إذن سابق من وزارة الأوقاف، لتعلق الحكر بأرض موقوفة، يعد عندئذ بحكم الباني أو الغارس على أرض الغير، وتطبق على الأبنية والأغراس المحدثة أحكام الإلتصاق.[4]

---

[1] - المادة 1261 مدني اردني، و774 مدني مصري.

[2] - **الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري**، ج6، ص 593 و598.

[3] - المادة 1259 مدني اردني ؛ د. **عبد المنعم البدراوي**، المرجع المذكور، فقرة 265، ص 302 ؛ د. **صالح الحويس**، المرجع نفسه، ص 185 وما يليها.

[4] - المادة 778 وما يليها مدني جزائري ؛ و1140 مدني اردني وما بعدها.

وينتهي حق الحكر بعدم إستعماله مدة قدرها خمس عشرة سنة،[1] إلا إذا كان موقوفا على أرض من الأوقاف، فينتهي بعدم الإستعمال مدة ثلاثا وثلاثين سنة ؛ إذ أنه **لا تكتسب الحقوق الميراثية بالتقادم المكسب، وفقا للمادة 829 من ق.م**، **إلا إذا دامت الحيازة ثلاث وثلاثين سنة**.[2]

نكتفي بهذا القدر فيما يتعلق بالحقوق العينية الأصلية، وننتقل الآن إلى دراسة الحقوق العينية التبعية (droits réels accessoires)، في الجزء الثاني من هذا الكتاب ؛ وهي ما يسمى ب "التأمينات العينية" (Les Sûretés réelles)، وهي في القانون المدني الجزائري : **الرهن الرسمي، والرهن الحيازي، وحقوق الامتياز، وحق الاختصاص (م 882 إلى 1003 من ق.م)**، والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العلمين.

---

[1] - المادة 1262 مدني أردني.

[2] - **المحكمة العليا**، غ.ع، 2002/02/20، ملف رقم 220023، إق.غ.ع، م.ق، عدد خاص، 2004، ج2، ص 228 ؛ 2001/01/18، ملف رقم 257099، م.ق، 2004، العدد2، ص 331 ؛ 2000/11/22، ملف رقم 204939، إق.غ.ع، عدد خاص، 2004، ج2، ص 233 ؛ 2000/06/28، ملف رقم 194378، المرجع نفسه، ص 206؛ 2000/09/27، ملف رقم 202755، إق.غ.ع، 2004، عدد خاص، ج2، ص 239.

قائمة المراجع

أولا : التشريعات الجزائرية

1- القانون رقم 02/16 المؤرخ في 2016/03/06 المتضمن التعديل الدستوري الجديد.

2- قانون التوجيه العقاري، الصادر تحت رقم 25/90 المؤرخ في 1990/11/18 ؛ المتمم بالقانون رقم 03/91 المؤرخ في 1991/01/08.

3- القانون المدني، الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26، وفق آخر التعديلات إلى غاية صدور هذه الطبعة.

4- قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، الصادر تحت رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25.

5- قانون التهيئة والتعمير، الصادر تحت رقم 29/90 المؤرخ في 1990/12/01، المعدل بالقانون رقم 05/04 المؤرخ في 2004/08/14.



6- قانون حماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، الصادر تحت رقم 10/03 المؤرخ في 2003/07/19.

7- قانون التوجيه الفلاحي، الصادر تحت رقم 16/08 المؤرخ في 2008/08/03.

8- القانون رقم 02/07 المؤرخ في 2007/02/27، المتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية، وتسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري.

9- قانون ضبط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية، وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم، الصادر تحت رقم 19/87 المؤرخ في 1987/12/08.

10- القانون رقم 03/10 المؤرخ في 2010/08/15، المتضمن تحديد شروط وكيفيات إستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة.

11- قانون رخصة البناء، الصادر تحت رقم 02/82 المؤرخ في 1982/02/06.

12- قانون الأملاك الوطنية، الصادر تحت رقم 30/90 المؤرخ في 1990/12/01، المعدل والمتمم بالقانون رقم 14/08 المؤرخ في 2008/07/20.

13- القانون رقم **04/11** المؤرخ في 2011/02/17 الذي ينظم نشاط الترقية العقارية.

14- القانون العضوي رقم **03/98** المؤرخ في 1998/06/03، المتعلق باختصاصات محكمة التنازع وتنظيمها وعملها.

15- القانون العضوي رقم **01/98** المؤرخ في 1998/05/30، المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله.

16- قانون نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، الصادر بالقانون رقم 11/91 المؤرخ في 1991/04/27.

17- القانون رقم **18/83** المؤرخ في **1983/08/13**، المتعلق بحيازة الملكية العقارية الفلاحية.

18- المرسوم رقم **724/83** المؤرخ في **1983/12/10**، المحدد كيفية تطبيق القانون رقم 18/83، المتعلق بحيازة الملكية العقارية الفلاحية.

19- القانون رقم **05/04** المؤرخ في **2004/08/14**، المحدد لكيفيات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم، المتمم بالمرسوم التنفيذي رقم **176/91** المؤرخ في **1991/05/28**.

20- المرسوم التنفيذي رقم 1986/93 المؤرخ في 1993/07/27 الذي يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية.

21- الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 1975/11/12، المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري؛ المتبوع بالمرسوم رقم 62/76 المؤرخ في 1976/03/25.

22- الأمر رقم 91/70 المؤرخ في 1970/12/15، المعدل والمتمم المتضمن تنظيم مهنة التوثيق.

23- الأمر رقم 105/76 المؤرخ في 1976/12/09، المتضمن قانون التسجيل المعدل والمتمم.

24- الأمر رقم 281/67 المؤرخ في 1967/12/20، المتعلق بالحفريات وحماية الأماكن والآثار التاريخية والطبيعية.

25- قانون النقد والقرض، الصادر تحت رقم 10/90 المؤرخ في 1990/04/14.

26- الأمر رقم 03/01 المؤرخ في 2001/08/20، المتعلق بتطوير الإستثمار، المعدل والمتمم بالأمر رقم 08/06 المؤرخ في 2006/07/15.

27- المرسوم التشريعي رقم 12/93 المؤرخ في 1993/10/05، المتعلق بتشجيع وترقية الإستثمار.

28- المرسوم التنفيذي رقم 321/94 المؤرخ في 1994/10/17 المتعلق بترقية الإستثمار.

29- المرسوم التنفيذي رقم 282/01 المؤرخ في 2001/09/24، المتضمن تحديد صلاحيات الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار وتنظيمها وسيرها.

30- المرسوم التنفيذي رقم 123/93 المؤرخ في 1993/05/16، المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتضمن تأسيس السجل العقاري.

31- المرسوم التنفيذي رقم 254/91 المؤرخ في 1991/07/27، الذي يحدد كيفيات إعداد شهادة الحيازة وتسليمها.

32- المرسوم التنفيذي رقم 352/83 المؤرخ في 1983/05/21، المتضمن إجراءات إثبات التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة المتضمن الإعتراف بالملكية.

33- المرسوم التنفيذي رقم 99/14 المؤرخ في 2014/03/04 الذي يحدد نموذج نظام الملكية المشتركة المطبق في مجال الترقية العقارية والأجزاء المشتركة.

34- المرسوم التنفيذي رقم 03/93 المؤرخ في 1993/03/01 المتعلق بالنشاط العقاري.

35- المرسوم التنفيذي رقم 51/89 المؤرخ في 1989/04/18، المتعلق بكيفيات تطبيق القانون رقم **19/87** المتضمن كيفية إستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية.

36- المرسوم التنفيذي رقم 51/90 المؤرخ في 1990/02/06، المتعلق بكيفيات تطبيق القانون رقم **19/87** المتضمن كيفية إستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية.

37- المرسوم التنفيذي رقم 326/10 المؤرخ في 2010/12/23، المتعلق بكيفيات تطبيق حق الإمتياز لإستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة.

38-المرسوم التنفيذي رقم 289/92 المؤرخ في 1992/07/06، المتعلق بشروط التنازل عن الأراضي الصحراوية في المساحات الإستصلاحية وكيفية إكتسابها.

39- المرسوم التنفيذي رقم 666/83 المؤرخ في 1983/11/12، المتضمن نظام الملكية المشتركة.

40- المرسوم التنفيذي رقم 336/2000 المؤرخ في 2000/10/26، المتعلق بوثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي وشروطه، وكيفيات إصدارها وتسليمها.

41- المرسوم التنفيذي رقم 70/14 المؤرخ في 2014/02/10 ، الذي يحدد شروط وكيفيات إيجار الأراضي الوقفية المخصصة للفلاحة.

42- قانون الأسرة، الصادر تحت رقم 11/84 المؤرخ في 1984/02/09 ، المعدل بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27.

43- **القانون رقم 10/91** المؤرخ في 1991/04/27، **المتعلق بالأوقاف**؛ المعدل والمتمم بالقانون رقم 07/01، وبالقانون رقم 10/02.

44- **القانون التجاري**، الصادر بالأمر رقم 59/75 المؤرخ في 1975/09/26، وفق آخر التعديلات.

45- **قانون العقوبات**، الصادر بالأمر 156/66 المؤرخ في 1966/06/08، المعدل والمتمم وفق آخر التعديلات.

46- **قانون الإجراءات الجزائية**، الصادر بالأمر 155/66 المؤرخ في 1966/06/08، وفق آخر التعديلات.

47- المرسوم التنفيذي رقم 339/98 المتعلق **بضبط التنظيم الذي يطبق على المنشآت المصنفة.**

48- **قانون المياه**، الصادر تحت رقم 17/83 المؤرخ في 1983/07/16.

49- **قانون العلامات التجارية**، الصادر بالقانون رقم 06/03 المؤرخ في 2003/07/19.

50- **قانون براءات الإختراع**، الصادر بالقانون رقم 07/03 المؤرخ في 2003/07/19.

51- **قانون الصفقات العمومية**، المرسوم الرئاسي رقم 250/02 المؤرخ في 2002/07/24، وفق آخر التعديلات المدخلة في 2003 و2005.

52- **قانون تنظيم مهنة الموثق**، الصادر بالقانون رقم 02/06 المؤرخ في 2006/02/20.

53- القانون رقم 10/01 المؤرخ في 2001/07/03 **المتعلق بالأنشطة المنجمية**؛ المعدل والمتمم للقانون رقم 06/84 المؤرخ في 1984/01/07.

54- الأمر رقم 10/06 المؤرخ في 2006/07/29، الذي يعدل ويتمم القانون رقم 07/05 المؤرخ في 2005/04/28 **المتعلق بالمحروقات.**

ثانيا : المراجع المتعلقة بالفقه الإسلامي

1-ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، المكتبة العصرية، بيروت، 2004.

2- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة، بيروت، 1988.

3-ابن قدامة، المغني، دار الكتاب العربي، بيروت، طبعة 1983.

4- ابن حزم، المحلى، دار الجيل، بيروت ، د.ت.

5- ابن نجيم، الأشباه والنظائر، مطبعة الحلبي، القاهرة، 1387 هـ.

6- ابن جزي، القوانين الفقهية، مطبعة النهضة، فا س، د.ت.

7- ابن منظور، لسان العرب، دار الفكر، بيروت ، ط3 ، 1994.

8-أحمد القاري، مجلة الأحكام الشرعية، مطبوعات تهامه، جدة، 1981.

9-د. أحمد حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة، الإسكندرية، 1986.

10- إبراهيم التم، الإمتياز في المعاملات المالية وأحكامه في الفقه الإسلامي، دار ابن الجوزي، 1431.

11- د. بلحاج العربي، أحكام التركات والمواريث في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد، دار هومه، الجزائر، ط2، 2015.

12- د. بلحاج العربي، المدخل لدراسة التشريع الإسلامي، د.م.ج، الجزائر، ط2، 1992.

13- د. بلحاج العربي، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، د.م.ج، الجزائر، ط2، 2001.

14- جمع من العلماء، 500 جواب في البيوع والمعاملات، دار ابن حزم، القاهرة، 2009.

15- د. جمال الأكشة، أثر الشفعة في العقار والمنقول، دراسة فقهية مقارنة، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2011.

16-حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مطبعة الحلبي، القاهرة، د.ت.

17- الحطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، ط2، 1398هـ.

18- الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته ، مؤسسة المعارف، بيروت، 2005.

19- د. حسين حسان، نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981.

20- د. حسن المسيري، أثر العجز برد المغصوب، مجلة العدل، الرياض، العدد22.

21- د. حسن سفر، تقنين أحكام الشريعة في التجربة الإسلامية، المجلة القضائية، الرياض، العدد3، محرم، 1433هـ.

22- د. خالد الجريسي، فتاوى البيع والمعاملات والربا، مؤسسة الجريسي، الرياض، 1427هـ.

23- د. خالد الهولي، ملكية الموارد الطبيعية في الفقه الإسلامي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، 2013، العدد2.

24-د. خالد اللحيدان، الشفعة بالجوار، مجلة العدل، الرياض، العدد 12.

25- السيد سابق، فقه السنة، دار الفكر، بيروت، 1989.

26- د. السنهوري عبد الرزاق، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1954.

27- السرخسي، المبسوط ، دار المعرفة، القاهرة، 1976.

28- سليم باز، شرح مجلة الأحكام العدلية، دار الثقافة، عمان، 2011.

29- د. سعد الخثلان، الزمن في الديون وأحكامه الفقهية، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، الرياض، العدد68، 2005.

30- د. سعد الذيابي، مبدأ حسن النية، مجلة الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية، جامعة تبوك، 2014، العدد 23.

31- شرح الزرقاني، على مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، د.ت.

32- الشيرازي، المهذب في الفقه الشافعي، دار الفكر، بيروت، 1994.

33- الشوكاني، نيل الأوطار، مكتبة الأزهرية، القاهرة، د.ت.

34- د. الشافعي السيد، عقد الرهن في الشريعة الإسلامية، مطبعة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2011.

35- الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط 4، 1960.

36- صالح الفوزان، الملخص الفقهي، دار الغد الجديد، القاهرة، 2014.

37- د. صالح الحويس، أحكام عقد الحكر في الفقه الإسلامي، مطابع أروى، ط2، 2013.

38- د. صبحي محمصاني، نظرية الإلتزامات والعقود في الشريعة الإسلامية، بيروت، 1972.

39- صالح المحيميد، الحق وأنواعه، مجلة العدل، العدد الأول، محرم 1420.

40- د. صباح فلمبان، التعزير بأخذ المال، مجلة العدل، الرياض، العدد 61، محرم 1435ه، ص 77.

41- د. طلبه وهبة خطاب، أحكام الإلتزام بين الشريعة الإسلامية والقانون، دار الفكر العربي، 1983.

42- د. زكي شعبان ود. أحمد الغندور، أحكام الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية، مكتبة الفلاح، الكويت، 1989.

43- العسقلاني، فتح الباري، دار السلام، الرياض، 1997.

44- د. عبد الحليم القوني، حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2010.

45- عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون تاريخ.

46- أ. علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996.

47- أ. علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.

48- علي حيدر، شرح مجلة الأحكام العدلية، دار الكتب العلمية، بيروت، 1991.

49- د.عبد الله بن منيع، حكم الإلزام بالوفاء بالوعد ديانة وقضاء، مجلة البحوث الإسلامية، الرياض، 1413هـ، العدد 26.

50- عبد الله المخلف، أهمية الوقف وأثر توجيه مصارفه، مجلة العدل، الرياض، العدد 61، محرم 1435ه، ص 52.

51- د. فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1981.

52- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، دار القلم، دمشق، 1966.

53- قرارات المجمع الفقهي، رابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، حتى دورته الحادية والعشرين، 2012.

54- الكاساني، بدائع الصنائع، دار الفكر، بيروت 1982.

55- منصور البهوتي، كشاف القناع، دار الفكر، بيروت، ج2، د.ت.

56-الماوردي، الأحكام السلطانية، مطبعة الحلبي، القاهرة، ط2، 1966.

57- محمد قدري باشا، مرشد الحيران، دار الأفاق العربية، القاهرة، 2003.

58- **محمد أبو زهرة**، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1977.

59- **د. محمد الشقفة**، الفقه المالكي في ثوبه الجديد، دار القلم، دمشق، 2001.

60- **د. مصطفى أحمد الزرقا**، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، 1998.

61- **د. محمد الزحيلي**، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر، دمشق، 2006.

62- **د. محمد الزحيلي**، إحياء الأراضي الموات، مركز النشر العلمي، جامعة الملك عبد العزيز، جدة، ط1، 1990.

63- **محمد شلبي**، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، بيروت، 1985.

64- **الموسوعة الفقهية**، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت.

65- **محمد الألباني**، سلسلة الأحاديث الصحيحة، مكتبة المعارف، الرياض، 2004.

66- **د. محمد سراج**، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، دار الثقافة، القاهرة، 1990.

67- **د. محمد سراج ود. محمد إمام**، أحكام الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي والقانون، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998.

68- **ماجد المشوح**، أحكام ملكية الوحدات العقارية، رسالة ماجستير، المعهد العالي للقضاء، جامعة الإمام بن سعود، الرياض، 1425.

69- **مازن صباح**، إيجار المال الشائع في الفقه الإسلامي، مجلة الجامعة الإسلامية، 2009، العدد2، المجلد 17.

70- **د. محمد المنيعي**، الإجارة المنتهية بالتمليك، مجلة العدل، الرياض، العدد 13.

71- **النووي**، صحيح مسلم، دار إحياء التراث، بيروت، 1972.

72- **د. ناصر الجوفان**، التعويض عن تفويت المنفعة، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، الرياض، 2005، العدد 65.

73- **د. نزيه حماد**، الإلزام القضائي بالوعد في المعاملات المالية، المجلة القضائية، الرياض، العدد5، محرم، 1434ه.

74- **الهادي حسب النبي**، المسؤولية الناشئة عن وضع اليد في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1985.

75- **د. وهبة الزحيلي**، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، 1982.

76- **د. وهبة الزحيلي**، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر، دمشق، 2006.

77- **د. وهبة الزحيلي** ، الفقه المالكي الميسر، دار الفكر، دمشق، 2000.

78- **د. وهبة الزحيلي** ، الوجيز في الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، 2007.

79- **د. يوسف القرضاوي**، فتاوى معاصرة، دار الوفاء، المنصورة، 1993.

ثالثا : المراجع العامة والخاصة

1- **د. إسماعيل غانم**، الحقوق العينية الأصلية، ج1، حق الملكية، ط2، 1961.

2- **د. أنور العمروسي** وآخرون، الموسوعة في شرح القانون المدني، دار العدالة، القاهرة، ط5، 2013.

3- **د. أنور طلبة**، نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2002.

4- **د. أيمن سليم**، سلطات المالك على الشيوع، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

5- **د. أنور جبر**، إنتقال الملكية العقارية بالبيع، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2011.

6- **د. أحمد عبد العال أبو قرين**، الحماية الدستورية للملكية الفردية في ضوء الفقه المصري والفرنسي، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، 1999.

7- **د. أحمد عبد العال أبو قرين**، النظام القانوني لملكية الشقق والطبقات، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، 2001.

8- **د. أحمد دغيش**، حق الشفعة في التشريع الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2011.

9- **أعمر يحياوي**، منازعات أملاك الدولة، دار هومه، الجزائر، 2004.

10- **أعمر يحياوي**، الوجيز في الأموال الخاصة التابعة للدولة، دار هومه، الجزائر، 2001.

11- **د. أحمد اباش**، الأحكام العامة للشفعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008.

12- **د. أحمد خالدي**، الحيازة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2015.

13- **د. أحمد خالدي**، الشفعة، دار هومه، الجزائر، ط2، 2013.

14- **د. أحمد خالدي**، القسمة، دار هومه، الجزائر، 2008.

15- **د. أقلولي صافية**، قانون العمران الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2014.

16- **الإجتهاد القضائي للغرفة العقارية**، المحكمة العليا، عدد خاص، قسم الوثائق، الجزائر، 3 أجزاء، 2004 و2010.

17- أبحاث **الندوة الوطنية للقضاء العقاري**، مديرية الشؤون المدنية، وزارة العدل، الجزائر، 1975.

18- أبحاث **الملتقى الوطني حول قضايا العمران في الجزائر**، بعنوان **إشكالية البناء المخالف وتأثيره على استخدامات الأرض**، جامعة عنابة، 2000.

19- أبحاث الملتقى الوطني حول قضايا الترقية العقارية في الجزائر، عنوان آليات حماية البيئة في القانون الجزائري، جامعة ورقلة، 2012.

20- أبحاث الملتقى الوطني حول قضايا الملكية والقانون في الجزائر، جامعة الجزائر، ديسمبر 2012.

21- أبحاث الملتقى الوطني حول الملكية العقارية والقيود الواردة عليها في التشريع الجزائري، جامعة قالمة، سبتمبر 2013.

22- أبحاث الملتقى الدولي الخامس حول القانون المدني الجزائري بعد أربعين سنة، جامعة الجزائر 1، أكتوبر 2016.

23- **براهيمي سهام**، التصريح بالمنفعة العمومية في نزع الملكية، دار الهدى، الجزائر، 2012.

24- **بشير قدوج**، النظام القانوني للملكية العقارية، د.و.أ.ت، الجزائر، 2004.

25-**د.بيان رجيب**، حقوق الإمتياز، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2012.

26- **د.بيان رجيب**، دور الحيازة في الرهن الحيازي، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2010.

27- **د. بلحاج العربي**، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، دار هومه، الجزائر، ج1، المصادر الإرادية، ط2، 2016، في كتابين.

28- **د. بلحاج العربي**، النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني الجزائري، د.م.ج، الجزائر، في جزأين، ط7، 2015.

29- **د. بلحاج العربي**، أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، دار هومه، الجزائر، ط2، 2015.

30- **د. بلحاج العربي**، الوسيط في شرح الحقوق العينية في ضوء قواعد الفقه الإسلامي والأنظمة السعودية والإجتهادات القضائية، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط2، 2016.



31- د. بلحاج العربي، الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية في القانون المدني الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2014.

32- د. بلحاج العربي، قانون الأسرة الجزائري الجديد معلقا عليه بقرارات المحمكة العليا المشهورة، د.م.ج، الجزائر، ط4، 2012.

33- د. بلحاج العربي، الوجيز في التركات والمواريث وفق قانون الأسرة الجزائري الجديد، دار هومه، الجزائر، ط2، 2015.

34- د. بلحاج العربي، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري الجديد، د.م.ج، الجزائر، ط2، 2015.

35- د. بناسي شوقي، أحكام عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2009.

36- بن يوسف رقية، شرح قانون المستثمرات الفلاحية، د.و.أ.ت، الجزائر، 2001.

37- بطاهر تواتي، الخبرة القضائية في الأحوال المدنية والتجارية والإدارية، د.و.أ.ت، الجزائر، 2003.

38- د. بيار إيميل طوبيا، الملكية الشائعة، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، 2012.

39- د. توفيق فرج، الحقوق العينية الأصلية، الدار الجامعية، الإسكندرية، 1993.

40- التيجاني بشير، التحضر والتهيئة العمرانية، د.م.ج، الجزائر، 2000.

41- د. جمال النشار، الإلتصاق كسبب من أسباب كسب الملكية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2001.

42- جمال سايس، الإجتهاد القضائي الجزائري في القضاء المدني، دار كليك، الجزائر، 2013.

43- جمال سايس، الإجتهاد الجزائري في القضاء العقاري، دار كليك، الجزائر، 2009.

44- **جمال سايس**، الحيازة العقارية في الإجتهاد القضائي الجزائري، دار كليك، الجزائر، 2014.

45- **جمال سايس**، الملكية العقارية في الإجتهاد القضائي الجزائري، دار كليك، الجزائر، 2014.

46- **جمال سايس**، قرارات محكمة التنازع، دار كليك، الجزائر، 2014.

47- **جمال سايس**، قضايا المواريث في الإجتهاد القضائي الجزائري، دار كليك، الجزائر، 2014.

48- **جمال بوشنافة**، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2006.

49- **جميلة زايدي**، إجراءات نقل الملكية في عقد بيع العقار في التشريع الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2014.

50- **جمال بدري**، الوعد بالبيع العقاري، دار هومه، الجزائر، 2014.

51- **حسين آث ملويا**، المنتقى في قضاء مجلس الدولة الجزائري، دار هومه، 3 أجزاء، الجزائر، 2007.

52- **حسين آت ملويا**، المنتقى في قضاء محكمة التنازع ومجلس الدولة، دار هومه، الجزائر، 2014.

53- **د. حسن كيرة**، الحقوق العينية الأصلية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1963.

54- **حسين حمدان**، التأمينات العينية، الدار الجامعية، الإسكندرية، 1980.

55- **حمزة النسور**، صاحب الحق في تملك العقار بالشفعة، دار الضياء، عمان، الأردن، 2010.

56- **حمدي باشا عمر**، القضاء المدني، دار هومه، الجزائر، ط2، 2014.

57- **حمدي باشا عمر**، نقل الملكية العقارية، دار هومه، الجزائر، ط2، 2013.

58- **حمدي باشا عمر**، آليات تطهير الملكية العقارية الخاصة، دار هومه، الجزائر، ط2، 2014.

59- **حمدي باشا عمر**، حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هومه، الجزائر، ط10، 2014.

60- **حمدي باشا عمر**، محررات شهر الحيازة، دار هومه، الجزائر، 2001.

61- **حمدي باشا عمر**، مجمع النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالعقار، دار هومه، الجزائر، طبعة 2009.

62-**حمدي باشا عمر**، القضاء العقاري، دار هومه، الجزائر، طبعة 2010.

63- **حمدي باشا عمر**، مبادئ القضاء العقاري، دار العلوم، عنابة، 2000.

64- **حمدي باشا عمر وأ. ليلى زروقي**، المنازعات العقارية، دار هومه، الجزائر، الطبعة 2، 2014.

65- **حمدي باشا عمر**، طرق التنفيذ، دار هومه، الجزائر، 2012.

66- **حمدي باشا عمر**، إشكالات التنفيذ، دار هومه، الجزائر، 2012.

67- **حمدي باشا عمر**، عقود التبرعات، دار هومه، الجزائر، 2004.

68- **حاجي نعيمة**، أراضي العرش، دار الهدى، الجزائر، 2010.

69- **د. خيال محمود**. الوعد بالعقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.

70- **خير الدين بن مشرنن**، رخصة البناء، دار هومه، الجزائر، 2014.

71- **رمول خالد**، المحافظة العقارية كآلية للحفظ العقاري في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، البليدة، 2001.

72- **د. رمضان أبو السعود**، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، الدار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، 2004.

73- د. رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013.

74- د. زهدور محمد، الوصية في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، م.و.ك، الجزائر، 1991.

75- زروقي ليلى، التقنيات العقارية، ج1، العقار الفلاحي، د.و.أ.ت، 2000.

76- زرارة عواطف، إلتزامات الجوار في القانون المدني الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2009.

77- زواوي فريدة، الحيازة والتقادم المكسب، د.م.ج، الجزائر، 2000.

78- د. السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981.

79- د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة 5، 1988، تنقيح د. حبيب الخليلي.

80- د. سي يوسف زاهية حورية، الوجيز في عقد البيع، دار الأمل، الجزائر، ط2، 2008.

81- د. سي يوسف زاهية حورية، عقد الرهن الرسمي، دار الأمل، الجزائر، 2006.

82- د. سي يوسف زاهية حورية، الوافي في عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2015.

83- سماعين شامة، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، دار هومه، الجزائر، ط2، 2004.

84- سعيدوني ناصر الدين، دراسات في الملكية العقارية، م.و.ك، الجزائر، 1986.

85- د. سمير تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1985.

86- د. السيد نايل، أحكام الضمان العيني والشخصي، مكتبة الرشد، الرياض، ط2، 2014.

87- د. السيد عرفه، الشفعة كسبب لكسب الملكية في العقار، المكتب الفني، الإسكندرية، د.ت.

88- د. السيد عرفه، الحيازة المدنية وحمايتها الجنائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.

89- د. السيد عرفه، الشامل في حق الملكية، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2008.

90- د. سعد خليل، نزع الملكية للمنفعة العمومية بين الشريعة والقانون، دار السلامة، مصر، 1993.

91- شيخ نسيمة، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2012.

92- د. شوقي السيد، التعسف في استعمال الحق، دار الشروق، القاهرة، 2007.

93- د. صوفي أبو طالب، مبادئ تاريخ القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971.

94- د. عوابدي عمار، نظرية القرارات الإدارية، دار هومه، الجزائر، 1999.

95- عبد السلام ذيب، الطعن بالنقض في المواد المدنية، دار هومه، الجزائر، 2015.

96- د. عبد الفتاح عبد الباقي، التأمينات الشخصية والعينية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1954.

97- د. عبد المنعم الصدة، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1978 و1982.



98- د. عبد المنعم البدراوي، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، دار الكتاب العربي، القاهرة، 1956.

99- د. علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، د.م.ج، الجزائر، 1992.

100- د. علي العبيدي، الحقوق العينية، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2014.

101- د. علي حسن، التقادم في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1985.

102- عبد الحفيظ بن عبيدة، إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، دار هومه، 2004.

103- د. العربي شحط عبد القادر، طرق التنفيذ، منشورات الألفية، وهران، 2010.

104- د. عبد الخالق أحمد، الشفعة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دار الكتاب الجامعي، الإسكندرية، 1997.

105- د. عبد الخالق أحمد، حق الملكية، مطبوعات أكاديمية شرطة دبي، دبي، الإمارات، 1990.

106- د. عبد الخالق أحمد، التأمينات الشخصية والعينية، مطبوعات أكاديمية شرطة دبي، دبي، الإمارات، 1990.

107- د. عفيف شمس الدين، ملكية الشقق والطوابق، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007.

108- د. عقيل الدهان، تبعية التأمينات للإلتزام الأصلي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2012.

109- عمر بن سعيد، الإجتهاد القضائي للمحكمة العليا وفقا لأحكام القانون المدني الجزائري، د.و.أ.ت، الجزائر، 2001.

110- د. علي فيلالي، نظرية الحق، م، و، ف، م، الجزائر، 2011.



111- **د. علي فيلالي**، الإلتزامات، م، و، ف، م، الجزائر، ط3، 2013.

112- **د. عبد الرزاق بوضياف**، أصول التنفيذ على المنقول والعقار، دار الهدى، الجزائر، 2011.

113- **د. عيبوط محند وعلي**، الإستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، دار هومه، الجزائر، ط2، 2014.

114- **د. عمر صدقة**، ضمانات الإستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.

115- **العربي منور**، مبدأ السيادة على المواد والثروات الطبيعية في إطار الأمم المتحدة، د.م.ج، الجزائر، 1988.

116- **د. عليوش كمال**، قانون الإستثمارات في الجزائر، د.م.ج، الجزائر، 1999.

117- **د. عمر صدوق**، تطور التنظيم القانوني الزراعي، د.م.ج، الجزائر، 1988.

118- **د. عصام الدين بسيم**، النظام القانوني للإستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الآخذة في النمو، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972.

119- **د. عبد الكريم فودة**، نزع الملكية الخاصة من أجل المنفعة العامة، دار الفكر العربي، مصر، 1996.

120- **د. عجة الجيلالي**، أزمة العقار الفلاحي ومقومات تسويتها، دار الخلدونية، الجزائر، 2005.

121- **د. عجة الجيلالي**، الكامل في القانون الجزائري للإستثمار، دار الخلدونية، الجزائر، 2006.

122- **د. عبد الله المصلح**، قيود الملكية الخاصة، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1988.

123- **د. عبد الرحمن حمزة**، مضار الجوار غير المألوفة والمسؤولية عنها، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.

124- **فتحي ويس**، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، دار هومه، الجزائر، 2014.

125- **د. فاضلي إدريس**، المدخل إلى الملكية الفكرية، دار هومه، الجزائر، 2004.

126- **د. فايز حسن ود. أحمد أبو الحسن**، تاريخ القانون، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2011.

127- **د. فايز اللمساوي ود. أشرف اللمساوي**، الملكية الشائعة، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2009.

128- **الفاضل خمار**، الجرائم الواقعة على العقار، دار هومه، الجزائر، 2006.

129- **القوانين المدنية العربية**، وأعمالها التحضيرية، ومذكراتها الإيضاحية.

130- **كحيل حكيمة**، تحويل حق الإنتفاع الدائم إلى حق إمتياز في ظل القانون رقم 03/10، دار هومه، الجزائر، ط 2، 2014.

131- **لمين شريط**، حق السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية، د.م.ج، الجزائر، 1985.

132- **مجموعة أحكام النقض**، يصدرها المكتب الفني لمحكمة النقض المصرية.

133- **مجلة المحكمة العليا، والمجلة القضائية** سابقا، والأعداد الخاصة الصادرة عن المحكمة العليا الجزائرية، الجزائر العاصمة.

134- **مجلة مجلس الدولة**، مجلس الدولة الجزائري، الجزائر العاصمة.

135- **د. محمد قاسم**، موجز الحقوق العينية الأصلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006.

136- د. محمد حسنين، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية، م.و.ك، الجزائر، 1986.

137- د. محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، د.م.ج، الجزائر، 2000.

138- د. محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، م.و.ك، الجزائر، 1985.

139- د. مراد حيدر، ملكية الطوابق والشقق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2010.

140- مصطفى هرجه، الحيازة داخل وخارج دائرة التجريم، دار الثقافة، القاهرة، 1989.

141- د. مصطفى ياسين، أحكام ملكية الأجانب المادية والمعنوية، دار الكتاب القانوني، الإسكندرية، 2009.

142- د. محمد السعدي، التأمينات العينية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010.

143- د. محمد السعدي، التنفيذ الجبري، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2015.

144- د. محمد السعدي، البيع والمقايضة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008.

145- مجيد خلفوني، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2008.

146- مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2007.

147- ميدي أحمد، الكتابة الرسمية كدليل إثبات في القانون المدني الجزائري، دار هومه، 2005.

148- د. منذر الفضل، الوظيفة الإجتماعية للملكية الخاصة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، د.م.ج، الجزائر، 1988.

149- د. محمد منصور، الحقوق العينية الأصلية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.

150- د. محمد منصور، النظرية العامة للائتمان، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2001.

151- د. محمد سوار، حق الملكية في ذاته، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط2، 2010.

152- د. محمد سوار، الحقوق العينية الأصلية، أسباب كسب الملكية، دار الثقافة، عمان، الأردن، 1994.

153- د. محمد سوار، الحقوق العينية، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2006.

154- د. محمد علام، قاعدة عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى أصل الحق، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2006.

155- د. محمد المنجي، الحيازة، دراسة تأصيلية من الناحيتين المدنية والجنائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1984.

156- د. محمد جاب الله، أحكام الشفعة في الفقه الإسلامي، مؤسسة حورس الدولية، الإسكندرية، 2013.

157- د. محمد الأمين، التقادم المكسب للملكية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1993.

158- د. محمد بن معجوز، الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، بدون دار نشر، المغرب، 2008.

159- د. محمد رمضان، المسؤولية المدنية عن أضرار الجوار، دار الحبيب، عمان، الأردن، 1995.

160- د. مروان كساب، المسؤولية عن مضار الجوار، بيروت، 1998.

161- **موسى بودهان**، النظام القانوني لنزع الملكية من أجل المنفعة العامة، دار الهدى، الجزائر، 2012.

162- **منصوري نورة**، هبة العقار في التشريع الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2010.

163- **منصوري نورة**، قواعد التهيئة والتعمير وفق التشريع الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2010.

164- **محمودي عبد العزيز**، آليات تطهير الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2009.

165- **محمودي عبد العزيز، وحاج عيسى**، إجراءات تفعيل الحيازة العقارية كآلية لتسليم عقود الملكية في القانون العقاري الجزائري، منشورات بغدادي، 2012.

166- **مايا دقايسية**، أحكام الرجوع في عقود التبرعات، دار هومه، 2015.

167- **د. نبيل سعد**، الحقوق العينية الأصلية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006.

168- **د. نبيل سعد**، التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1982.

169- **د. ندين مشموشي**، حق الإنتفاع، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006.

170- **نبيل صقر، وأحمد لعور**، القانون المدني نصا وتطبيقا، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007.

171- **نبيل صقر**، الحيازة في قرارات المحكمة العليا الجزائرية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2013.

172- **نبيل صقر**، النشاط العقاري، البناء والسكن والتعمير، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2014.

173- **نبيل صقر**، العقار الفلاحي نصا وتطبيقا، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008.

174- **د. وائل الخطيب**، القيود الواردة على حق الملكية في ضوء أحكام محكمة النقض، دار الألفي، المينا، مصر، 2003.

175- **د. ويس فتحي**، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، دار هو مه، الجزائر، ط2، 2015.

176- **د. يوسف دلاندة**، الوجيز في الملكية العقارية الشائعة، دار هومه، الجزائر، 2014.

177- **د. يوسف دلاندة**، القانون المدني وفقا لإجتهادات المحكمة العليا، دار هومه، الجزائر، 2008.

رابعا : الأبحاث العلمية والرسائل الجامعية

1- **أحمد علي**، عقد الإمتياز الفلاحي، المجلة الجزائرية، جامعة الجزائر، 2013، العدد خاص، ص 157.

2- **أحمد رحماني**، نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، مجلة إدارة، 1994، العدد2، ص 5.

3- **أقلولي محمد**، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية في القانون الجزائري، المجلة الجزائرية، جامعة الجزائر، 2013، العدد خاص، ص 209.

4- **أقلولي صافية**، المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير في ظل القانون رقم 29/90، المجلة الجزائرية، جامعة الجزائر، 2013، العدد خاص، ص 231.

5- **أكرون الياقوت**، الأمر رقم 04/08 المتعلق بمنح الإمتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة، الإجتهاد القضائي للغرفة العقارية للمحكمة العليا، عدد خاص، ج3، 2010، ص 52.

6- **د. أعمر يحياوي**، ضرورة إعادة النظر في بعض الأحكام الخاصة بالتركات، المجلة الجزائرية، جامعة الجزائر، 2013، العدد خاص، ص 293.

7- أمين سعود، آثار القيد في السجلات العينية، المجلة القضائية، 1995، العدد2.

8- أرائن عبد الله، دور القاضي الإداري في مجال نزع الملكية للمنفعة العمومية، رسالة ماجستير، جامعة تيزي وزو، 2007.

9- بيوت نذير، معاينة حق الملكية وتسليم مستندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري وفقا للقانون رقم 02/07 المؤرخ في 2007/02/27، الإجتهاد القضائي للغرفة العقارية للمحكمة العليا، عدد خاص، ج3، 2010، ص 19.

10- بيوت نذير، عقد الشهرة من خلال الإجتهاد القضائي، الإجتهاد القضائي للغرفة العقارية للمحكمة العليا، عدد خاص، ج2، 2004، ص 10.

11- براهيمي سهام، فكرة المنفعة العمومية في نزع الملكية، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، يوليو 2013، العدد55، ص 337.

12- بعوني خالد، إجراءات تسوية منازعات التعويض في مجال نزع الملكية للمنفعة العمومية، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2003.

13- بلقاضي كريمة، الكتابة الرسمية والتسجيل والشهر في نقل الملكية العقارية، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2005.

14- بوصوف موسى، دور القاضي الإداري في المنازعة العقارية، مجلة مجلس الدولة، 2009، العدد 2، ص 21.

15- بومعزة رشيد، الشكلية الرسمية في العقود المدنية، رسالة ماجستير، جامعة باتنة، 2005.

16- بلعربية فاطمة الزهراء، إنتقال الملكية العقارية، تعليق على القرارين رقمي 491615 و549408 ؛ الإجتهاد القضائي للغرفة العقارية للمحكمة العليا، المجلة القضائية، عدد خاص، ج3، 2010، ص 247.

17- بلعربية فاطمة الزهراء، إرتفاق المرور، الإجتهاد القضائي للغرفة العقارية للمحكمة العليا، م.م.ع، عدد خاص، ج2، 2004، ص 32.

18- د. بلحاج العربي، مفهوم التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري، المجلة الجزائرية، 1992، العدد4.

19- د. بلحاج العربي، دعوى المسؤولية التقصيرية في القانون القضائي الجزائري، المجلة الجزائرية، 1994، العدد2.

20- د. بلحاج العربي، شروط تكوين عقد البيع، دراسة مقارنة، المجلة الجزائرية، 1998، العدد2.

21- د. بلحاج العربي، شروط انعقاد الوصية في القانون الجزائري، المجلة الجزائرية، 1990، العدد 2.

22- د. بلحاج العربي، معالم نظرية الحق لدى فقهاء الشريعة الإسلامية، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، الرياض، 1995، العدد 25.

23- د. بلحاج العربي، نظرية الإرتفاق في الفقه الإسلامي، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، الرياض، 1997، العدد 35.

24- د. بلحاج العربي، معالم نظرية الشركة لدى فقهاء الشريعة الإسلامية. مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، الرياض، 1998، العدد39.

25- د. بن ناصر يوسف، رخصة البناء وحماية البيئة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، جامعة الجزائر، 1993، العدد4، ص 845.

26- بزغيش بوبكر، رخصة البناء آلية لرقابة مجال التعمير، رسالة ماجستير، جامعة تيزي وزو، 2008.

27- د. بشار مومني، مشكلات التعاقد عبر الإنترنت، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، 2003.

28- د. بدوي السيد، مبدأ حسن النية في المعاملات المدنية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1989.

29- بن حديد إبراهيم، السلطة التقديرية للقاضي المدني، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1995.

30- بعبع إلهام، حماية الملكية العقارية الخاصة المدنية والجنائية، رسالة ماجستير، جامعة قسنطينة، 2007.



31- **بعلوج بلعيد**، معوقات الإستثمار في الجزائر، مجلة إقتصاديات شمال إفريقيا، جامعة شلف، العدد4، 2006.

32- **بوغزالة ناصر**، الملكية العمومية في ظل التحولات الإقتصادية والسياسية، المجلة الجزائرية، جامعة الجزائر، 2013، العدد خاص، ص 49.

33- **بوذريعات محمد**، نزع الملكية للمنفعة العمومية في القانون الجزائري والمقارن، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2002.

34- **بن خذة حمزة**، مظاهر تأثر القانون المدني الجزائري بالشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، جامعة تلمسان، 2007.

35- **بن يوسف رقية**، الطبيعة القانونية للمستثمرة الفلاحية الجماعية في ظل القانون رقم 19/87 المؤرخ في 1987/12/08، الإجتهاد القضائي للغرفة العقارية للمحكمة العليا، م.م.ع، عدد خاص، ج1، 2004، ص 63.

36- **بسكري آنسة**، تأسيس السجل العقاري في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة البليدة، 2001.

37- **د. بن قوية سامية**، النظام القانوني لاستثمار واستغلال وتنمية الأملاك الوقفية، المجلة الجزائرية، جامعة الجزائر، 2013، العدد خاص، ص 319.

38- **بن خضيرة زهيرة**، مسؤولية المحافظ العقاري في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2007.

39- **بن سويح خديجة**، النظام القانوني للإستثمار في الجزائر، رسالة ماجستير في قانون الأعمال، جامعة الجزائر، 2007.

40- **بوزيتون عبد الغني**، المسح العقاري في تثبيت الملكية العقارية في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة قسنطينة، 2010.

41- **بريارة عبد الرحمن**، الحماية الجزائرية للأملاك العقارية الخاصة، رسالة ماجستير، جامعة البليدة، 2000.

42- **بلعموري نادية**، أحكام الأموال العمومية في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2002.

43- **بلقاسم دايم**، الحماية القانونية للسكينة العامة، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة تلمسان، العدد2، 2004، ص 99 وما بعدها.

44- **تومي عبد الرحمن**، واقع وآفاق الإستثمار الأجنبي في الجزائر، مجلة دراسات إقتصادية، دار الخلدونية، الجزائر، 2006.

45- **تركي النفيعي**، قاعدة حيازة المنقول سند الحائز، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الملك عبد العزيز، جدة، 2014.

46- **د. جبار جميلة**، نظام الشفعة في التشريع الجزائري، الإجتهاد القضائي للغرفة العقارية، م.م.ع، عدد خاص، ج3، 2010، ص 64.

47- **د. جبار محفوظ**، فرص الإستثمار في سوق رؤوس الأموال الجزائرية، مجلة العلوم الإقتصادية وعلوم التسيير، العدد1، 2001.

48- **جمال وعلي**، نزع الملكية العقارية للمنفعة العمومية بين التشريع واجتهاد القضاء الإداري الجزائري، مجلة دراسات قانونية، جامعة تلمسان، 2005، العدد2، ص 65.

49- **د. جمال الدين العاقل**، الرجوع في الهبة، مجلة الأمن والقانون، كلية شرطة دبي، الإمارات، السنة6، يناير 1998، العدد 1.

50- **د. حليمة أيت حمودي**، الشريعة الإسلامية كمصدر من مصادر القانون الوضعي الجزائري، المجلة الجزائرية، جامعة الجزائر، 2001، العدد 123.

51- **حشود نسيمة**، الشكلية في البيع العقاري، رسالة ماجستير، جامعة البليدة، 2003.

52- **د. حمادي زبير**، مسألة الإختصاص القضائي في دعوى البطلان المتعلقة بالملكية الصناعية في ضوء أحكام ق.إ.م.إ وقوانين الملكية الصناعية، م.م.ع، 2011، العدد1، ص 44 وما بعدها.

53- حجوج كلثوم، النظام القانوني لرخصة تجزئة وتقسيم العقار في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة البليدة، 2010.

54- حمدي باشا عمر، منازعات إثبات ونقل الملكية العقارية، مجلة الموثق، الجزائر، العدد1، 2000.

55- د. حوحو يمينة، سلطة المحكمة العليا في مراقبة تفسير العقود، مجلة المحكمة العليا، 2013، العدد1، ص 61.

56- حسين نوارة، الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر، رسالة دكتوراه، جامعة تيزي وزو، 2013.

57- حبيب فاطمة، الجباية العقارية، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2002.

58- خوادجية حنان، قيود الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة قسنطينة، 2008.

59- ديرم عايدة، مكافحة مخالفات التعمير في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية، جامعة الجزائر، 2013، عدد خاص، ص 267.

60- د. رايس محمد، القواعد المنظمة للطعن بالنقض في المواد المدنية، مجلة المحكمة العليا، 2014، العدد2، ص 55.

61- د. رايس محمد، مدى أثر مبدأ النظام العام والآداب الحميدة على العقد، مجلة دراسات قانونية، جامعة تلمسان، 2008، العدد5.

62- د. رمضان زرقين، عن بعض جوانب إرتفاق المرور، الإجتهاد القضائي للغرفة العقارية، م.م.ع، عدد خاص، ج2، 2004، ص 51.

63- د. ريش محمد، جريمة التعدي على الملكية العقارية، المجلة الجزائرية، جامعة الجزائر، عدد خاص، 2013، ص 83.

64- رامول خالد، المحافظة العقارية كآلية للحفظ العقاري، رسالة ماجستير، جامعة البليدة، 2000.

65- **زواوي فريدة**، ضرورة شهر الوعد بالبيع العقاري، المجلة الجزائرية، جامعة الجزائر، 1995، العدد4، ج33.

66- **زواوي فريدة**، الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1987.

67- **د. زروتي الطيب**، قراءة لأحكام تسيير الملكية المشتركة، مجلة المحكمة العليا، 2014، العدد1، ص 82.

68- **زروقي ليلى**، دور القاضي الإداري في مراقبة مدى احترام الإدارة للإجراءات المتعلقة بنزع الملكية الخاصة للمنفعة العمومية، مجلة مجلس الدولة، الجزائر، 2003، العدد3، ص 13.

69- **زروقي ليلى**، التصرفات القانونية الواجبة الشهر والآثار المترتبة على القيد، مجلة الموثق، الجزائر، ديسمبر 1998، العدد5.

70- **زروقي ليلى**، نظام الشهر وإجراءاته في القانون الجزائري، مجلة مجلس الدولة الجزائري، الجزائر، 2002، العدد 2، ص 59.

71- **زيتوني عمر**، حجية العقد الرسمي، مجلة الموثق، الجزائر، 2001، العدد 3.

72- **زيتوني عمر**، النظام القانوني للتوثيق بالجزائر، مجلة الموثق، الجزائر، 2000، العدد 1.

73- **زرارة عواطف**، عدم التعسف في إستعمال حق الملكية العقارية الخاصة، رسالة ماجستير، جامعة باتنة، 2008.

74- **زهيرة ذبيح**، أزمة البنايات اللاشرعية وطرق معالجتها، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2001.

75- **د. سي يوسف زاهية حورية**، نقل الملكية في البيوع العقارية، مجلة المحاماة، منظمة المحامين لناحية تيزي وزو، الجزائر، العدد1، 2004.

76- **سماعين شامة**، الأدوات القانونية للسياسة العقارية في الجزائر منذ عام 1990، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1999.

77- سليمان الفيفي، أحكام قيد الحقوق في نظام التسجيل العيني للعقار، رسالة ماجستير، المعهد العالي للقضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود، الرياض، 1435.

78- شيخ نسيمة، الرجوع في عقد الهبة في القانون الجزائري، م.م.ع، 2013، العدد2، ص 90 وما بعدها.

79- شايب باشا كريمة، دور قوانين الإستثمار في تنظيم العقار الصناعي في الجزائر، المجلة الجزائرية، جامعة الجزائر، 2013، عدد خاص، ص 127.

80- شايب باشا كريمة، عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة البليدة، 2001.

81- شيبات سارة، علاقات الجوار العقارية الخاصة في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة بسكرة، 2010.

82- شريف حسان، الأملاك الوطنية الخاصة في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2006.

83- د. صالح باي محمد الشريف، مكانة الحيازة في القانون الجزائري، الإجتهاد القضائي للغرفة العقارية للمحكمة العليا، م.م.ع، عدد خاص، ج2، 2004، ص 130.

84- د. صالح المرزوقي، ربط الديون والالتزامات الآجلة بالذهب أو بعملة معينة، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، الرياض، 1420ه.

85- العتروس بشير، الشهر العقاري في القانون الجزائري، الإجتهاد القضائي للغرفة العقارية للمحكمة العليا، م.م.ع، عدد خاص، ج1، 2004، ص 15.

86- عبد الوهاب لطوف، الشفعة في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1983.

87- عزري الزين، قرارات العمران الفردية وطرق الطعن فيها، دار الفجر، الجزائر، 2003.

88- **د. عبد الله أبا الخيل**، أحكام تملك غير السعوديين للعقار، مجلة العدل، الرياض، العدد 60، شوال 1433، ص 223.

89- **د. علي علي سليمان**، الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون المدني الجزائري، مجلة الفكر القانوني، الجزائر، 1984، العدد 1، ص 134.

90- **د. علي فيلالي**، الشكلية في العقود، المجلة الجزائرية، جامعة الجزائر، 1997، العدد 3.

91- **د. علي فيلالي**، الشهر العقاري في ضوء القضاء الجزائري، المجلة الجزائرية، جامعة الجزائر، 2000، العدد 2.

92- **د. علي فيلالي**، الملكية والقانون، المجلة الجزائرية، جامعة الجزائر، 2013، عدد خاص، ص7.

93- **د. علي فيلالي**، الشكلية في العقود، تعليق على قرار المحكمة العليا، المجلة الجزائرية، جامعة الجزائر، 1997، العدد 3، ص 715.

94- **عمار روابنية**، التقادم المكسب، الإجتهاد القضائي للغرفة العقارية للمحكمة العليا، م.م.ع، عدد خاص، ج2، 2004، ص 95.

95- **عمار نكاح**، إنتقال الملكية العقارية في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة قسنطينة، 2008.

96- **د. علاوة العايب**، حق الملكية حق من حقوق الإنسان بين الحريات المدنية والحقوق السياسية والإقتصادية، المجلة الجزائرية، جامعة الجزائر، عدد خاص، 2013، ص 19.

97- **علاوة بوعزارة**، إحداث شروط لم يحدثها القانون، مجلة الموثق، الجزائر، 2005، العدد 12.

98- **علاوة بن شاكر**، علاقة المحافظة العقارية بمصلحة مسح الأراضي، مجلة الموثق، الجزائر، 1998، العدد 5.

99- **عازب فرحات**، مسح الأراضي والسجل العقاري، الندوة الوطنية للقضاء العقاري، وزارة العدل، الجزائر، 1975.

100- **عمر زودة**، تعليق على قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1993/11/10، مجلة الموثق، أفريل 1999، العدد6.

101- عمر صداقي، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1984.

102- عقيلة وناس، النظام القانوني لنزع الملكية، رسالة ماجستير، جامعة باتنة، 2005.

103- عيبوط وعلي، الحماية القانونية للإستثمارات الأجنبية في الجزائر، رسالة دكتوراه، جامعة تيزي وزو، 2006.

104- علة عمر، الإستثمار الأجنبي الخاص في التشريع الوطني والقانون الدولي، رسالة ماجستير، جامعة قسنطينة، 2008.

105- د.عبد الرحمن جمعة، شرط الإحتفاظ بملكية المبيع، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، 2007، المجلد 34.

106- د. الغات ربيحة، الملكية العقارية في ظل التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية، جامعة الجزائر، عدد خاص، 2013.

107- د. الغوتي بن ملحة، الطبيعة القانونية للحبس، الإجتهاد القضائي للغرفة العقارية للمحكمة العليا، م.م.ع، عدد خاص، ج1، 2004، ص 79.

108- د. الغوتي بن ملحة، الحجز العقاري وفقا للمادة 379 وما يليها من ق.إ.م.، الإجتهاد القضائي للغرفة العقارية للمحكمة العليا، م.م.ع، عدد خاص، ج1، 2004، ص 89.

109- د. فاضلي إدريس، نظام الملكية ومدى وظيفتها الإجتماعية في القانون الجزائري، رسالة لنيل شهادة الدراسات العليا، جامعة الجزائر، 1994 ؛ منشورة في د.م.ج، الجزائر، 2010.

110- فردي كريمة، الشهر العقاري في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة قسنطينة، 2008.

111- فرحات عازب، مسح الأراضي والسجل العقاري، الندوة الوطنية للقضاء العقاري، مديرية الشؤون المدنية، وزارة العدل، الجزائر، 1975.

112- فيصل العساف، الملكية العقارية بين القانون المدني والقانون الزراعي، رسالة دكتوراه، جامعة بواتييه، فرنسا، 1997.

113- د. فيصل العساف، الآثار السلبية للقسمة العينية ومحاولة علاجها، مجلة العلوم الإقتصادية والقانونية، جامعة حلب، سوريا، 2005.

114- قدوج بشير، النظام القانوني للملكية العقارية، د.و.أ.ت، الجزائر، 2001.

115- كتو محمد الشريف، الممارسة المنافية للمنافسة في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2005.

116- كاتي محمد، شروط بيع العقار وانتقال ملكية العقار، مجلة الموثق، الجزائر، 2003، العدد10.

117- لحميم زليخة، إنشاء الرهن الرسمي وإنقضاؤه في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1996.

118- د. لحلو غنيمة، شهادة الحيازة في قانون التوجيه العقاري، الإجتهاد القضائي للغرفة العقارية للمحكمة العليا، م.م.ع، عدد خاص، ج2، 2004، ص 143.

119- د. لحلو غنيمة، تقادم دعوى بطلان العقد، التقادم المكسب، الإجتهاد القضائي للغرفة العقارية للمحكمة العليا، م.م.ع، عدد خاص، ج3، 2010، ص 112.

120- لعشاش محمد، إشكالات نزع الملكية في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة تيزي وزو، د.ت.

121- لباشيش سهيلة، رقابة القاضي الإداري على إجراءات نزع الملكية للمنفعة العمومية، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2008.

122- لعماري وليد، الحوافز والحواجز القانونية للإستثمارات الأجنبية في الجزائر، رسالة ماجستير في قانون الأعمال، جامعة الجزائر، 2011.

123- طوايبية حسن، نظام الشهر العقاري الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2002.

124- د. محمد حسنين، عقد الهبة في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1987، العدد2، 552.

125- مجاجي منصور، رخصة البناء كأداة لحماية البيئة في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة البليدة، 2007.

126-د. منـذر الفـضل، الوظيفة الإجتماعية للملكية الخاصة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، د.م.ج، الجزائر، 1988.

127- د. منـذر الفضل، التعهد بنقل ملكية العقار، مجلة الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة عنابة، 1985، العدد3.

128- محساس سفيان، الخبرة القضائية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة المحكمة العليا، 2014، العدد 2، ص 30.

129- محمدي سليمان، ضرورة شهر جميع الدعاوى المتعلقة بالحق العيني العقاري، المجلة الجزائرية، جامعة الجزائر، 2003، العدد1، ج41.

130- د. محمدي فريدة، التقادم المكسب ونظام السجل العيني، الإجتهاد القضائي للغرفة العقارية للمحكمة العليا، م.م.ع، عدد خاص، ج2، 2004، ص 117.

131-د. محمدي فريدة، التوازن في العلاقات الإيجارية طبقا للمرسوم رقم 03/93، المجلة الجزائرية، جامعة الجزائر، 2000، الجزء 42، العدد2.

132- مختار حديد، العقار من الندرة وسوء التسيير إلى حتمية إنتهاج أسلوب التخطيط، رسالة ماجستير، كلية العلوم الإقتصادية، جامعة الجزائر، 2003.

133- د. معاشو عمار، إشكالات التقاضي في النزاع العقاري أمام القضاء الإداري، مجلة مجلس الدولة، 2006، العدد 8، ص 143.

134- د. معاشو عمار، الضمانات في العقود الإقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية، في عقود المفتاح في اليد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1998.

135- موالك ب، المادة 324 مكرر1 من ق.م وتطبيقاتها على البيع العقاري، المجلة الجزائرية، جامعة الجزائر، 1993، العدد4.

136- مصطفى لعروم، الشفعة في القانون المدني الجزائري، مجلة الموثق، الجزائر، أفريل 1999، العدد6.

137- **محمد بوركي**، التوثيق والإشهار العقاري، مجلة الموثق، الجزائر، 1998، العدد5.

138- **محمد رشدي**، أعمال التصرف وأعمال الإدار في القانون الخاص، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1983.

139- **موسى نسيمة**، حجية العقود المشهرة، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1999.

140-**ميدي أحمد**، الكتابة الرسمية كدليل إثبات في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2002.

141- **ميسون زهوين**، إكتساب الملكية العقارية الخاصة عن طريق الحيازة، رسالة ماجستير، جامعة قسنطينة، 2009.

142- **د. محمد الخميس**، أثر التقادم في الواجبات المالية، مجلة العدل، الرياض، العدد 51، رجب 1432ه.

143- **أ. محمد الحبيب الطيب**، الشهادة التوثيقية، الإجتهاد القضائي للغرفة العقارية للمحكمة العليا، م.م.ع، عدد خاص، ج3، 2010، ص 35.

144- **محمد يوسفي**، مضمون أحكام الأمر رقم 03/01 المؤرخ في 2001/08/20 المتعلق بتطوير الإستثمار، مجلة إدارة، 2002، العدد1، ص 21.

145-**مقداد كورغلي**، نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، المجلة القضائية، 1996، العدد2، ص 36.

146-**محي الدين عواطف**، الملكية الخاصة للعقار الفلاحي من خلال قانون التوجيه العقاري، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة تلمسان، العدد7، 2009.

147- **منصور زين**، واقع وآفاق سياسة الإستثمار في الجزائر، مجلة إقتصاديات شمال إفريقيا، جامعة شلف، العدد2، 2005.

148- **نادية يونسي**، النظام القانوني للشفعة في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة قسنطينة، 1980.

149- نصر الدين هنوني، الإستعمال في القانون الغابي الجزائري، نشرة القضاة، العدد 67، 2014.

150- نور الدين رجيمي، نظام السجل العيني، مجلة الموثق، الجزائر، 2003، العدد 10.

151- الهادي سليمي، إجراءات نقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة تبسة، 2008.

152- ويس فتحي، المسؤولية المدنية والضمانات الخاصة في عقد بيع العقار قبل الإنجاز، رسالة ماجستير، جامعة البليدة، ، 1999.

153-وعلي جمال، نزع الملكية العقارية للمنفعة العمومية بين التشريع واجتهاد القضاء الإداري الجزائري، مجلة دراسات قانونية، جامعة تلمسان، العدد2، 2005، ص 74 وما يليها.

خامسا : المراجع باللغة الفرنسية

1- Akroun (Y), Le foncier industriel en Algerie, localisation et mode d'accés, Rev. Alg, 2013, N° Spécial, P 115.

2- Akroun (Y), L'ordonnance 08/04 relative à la concession du domaine privé de l'etat, un acte de promotion de l'investissement; Rev. Cour. Sup, N° Spécial, 2010, t.3, p 63.

3- Aulagner, Evaluation de l'usufruit et de la nu-propriété, Rev. Dr et Patr, 1999, p. 64.

4- Atias Ch, La mutabilite des servitudes conventionnelles, RTDCiv, 1979, p 245 et s.

5- Bakkouche (A), L'évolution du droit de la propriété dans l'ordre international, O.P.U, Alger, 1992.

6- Bandrac (M), La nature juridique de la préscription extinctive en matière civile, Ed. Economica, Paris, 1986.

7- Barraud (E), La transmission de la propriété en cas de kafala, Rev. Alg, 2013, N° Spécial, P 217.

8- Barbieri (J-F), Perpétuité et perpétuation dans la théorie des droits réels, Thèse, Toulouse, 1977.

9- Benakezouh (Ch), Le droit des réserves foncières, O.P.U, Alger, 1996.

10- Belarbia (F-Z), Le transfert de propriété, Rev. Cour suprême, N° Spécial, t.3, 2010, P 256.

11- Belarbia (F-Z), Réflections sur la servitude de passage, Rev. Cour suprême, N° Spécial, t.2, 2004, P 42.

12- Belhimer (A), La propriété du capital en Algerie, Rev. Alg, 2013, N° Spécial, P 47.

13- Belhimer (A), Le régime juridique de la propriété foncière en Algerie, centre Jacques Berque, janvier 2012.

14- Belhimer (A) et Ben Hounet (Y), Droit et propriété en algerie, perspectives ethnographiques, Rev. Alg, 2013, N° Spécial, P 5.

15- Bénabent (A), Les Obligations, Litec, Paris, 12e éd. 2010.

16- Ben Hounet (Y), L'accession à la propriété foncière agricole et les pratiques du droit en milieu steppique, Rev. Alg, 2013, N° Spécial, P 101.

17- Bertel J-P, La nature juridique du droit de superficie, RTDCiv, 1994.

18- Bettelheim (C), Calcul économique et forme de la propriété, éd. Maspéro, Paris, 1976.

19- Biout nadir, A propos de la loi n° 07/02 du 27/02/2007 portant institution d'une procédure de constatation du droit de propriété immobilière et de délivrance de titres de propriété par voie d'enquête foncière; Rev. Cour. Sup, N° Spécial, 2010, t.3, p 34.

20- Blaise, Respnsabilité et obligations coutumières dans les rapports de voisinage, RTDCiv, 1965.

21- Boré (J), La Cassation en matière civile, Sirey, Paris, 1987.

22- Bonnet, Durée de la propriété, Rev.Rech.Jur, 2002,1 , p 273 et s.

23- Bouyssou F, Les garanties supralégislatives du droit de propriété, D, 1984, Chron. 231.

24- Capitant (H), Terré (F), Lequette (Y), Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Dalloz, Paris, 11é éd, 2000.

25- Carbonnier (j), Droit Civil. Les Biens, PUF, Paris, éd. 1973.

26- Chaput J-Ch et Rochegude S, La notion de droit de superficie, Defrénois, Paris, 2007.

27- Chehata (ch), Etudes de droit Musulman, P.U.F, Paris, 1971.

28- Cohet-Cordey F, La valeur explicative de la théorie du patrimoine, RTD civ, 1996, p 825.

29- Courbe (p), L'entretien de la chose soumise à l'usufruit, JCP, 1982, 1, 3070.

30- Cornu (G), Droit civil, Introduction, Les personnes, Les Biens, 7e éd, Montchrestien, Paris, 1994.

31- Cuillieron M, Revendication des meubles perdus ou volés et protection possessoire, RTDCiv, 1986, p 504 et s.

32- Dagonet (F), Philosophie de la propriété, Coll. Questions, PUF, Paris, 1992.

33- Djilali hadj sadok, Actions pétitoires et actions possessoires, Rev. Cour. Sup, N° Spécial, 2010, t.3, p176.

34- Djoudi J, Action Possessoire, in Rép.Civ.

35- Dif (M), Condition de mise en place d'un climat favorable à la protection des investissements étrangers en Algérie, Rev de l'économie, N° 10, déc 1993.

36- Droit et propriété en Algerie, perspectives éthnographiques, journées d'étude organisées par la faculté du droit d'alger, décembre 2012, Rev. Alg, 2013, N° Spécial.

37- Drou (W), La fonction ambigue de l'action possessoire, Defrénois, Paris, 2006, Art 38313.

38- El Shakankiri (M), les choses en droit musulman, Rev.Arch.phil.droit, Paris, 1979.

39- Filali (A), Les instruments pour la promotion des biens wakfs publics en algerie, Rev. Alg, 2013, N° Spécial, P 171.

40- Gaudemet (G), Institutions de L'antiquité, Sirey, Paris, 1998.

41- Gaudemet y, Les constructions en volumes sur le domaine public, Jour R. Savatier, PUF, Paris, 1990.

42- Gelot B, La libre disposition de l'usufruit par le nu- proprétaire, Principe et applications, Defrénois, Paris, 1997.

43- Ghaouti (S), Le traitment de la propriété dans les textes fondamentaux Algériens, Rev. Alg, 2013, N° Spécial, P 9.

44- Ghestin (J), Billiau (M), Loiseau (G), Le Régime des créances et des dettes, LGDJ, Paris, 2005.

45- Giannotti M, L'abus du droit de propriété et l'empiétement sur le terrain d'autrui, RDI, 1991, 303.

46- Goubeaux (G), La règle de l'accessoire en droit privé, Thèse, Paris, 1969.

47- Goubeaux (G), L'extention de la protection possessoire au bénéfice des détenteurs, Defrénois, Paris, 1976.

48- Grimaldi M et Dammann R, La fiducie sur ordonnance, D. 2009, p. 670.

49- Hage-Chahine F, Essai d'une nouvelle classification des droits privés, RTD civ, 1982, p 705 et s.

50- Harpillard, les inconvénients de voisinage, Thèse, Paris, 1975.

51- Jeandidier (W), L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire, RTD Civ., 1976.

52- Jestaz Ph. Prescription et possession en droit francais des biens, D. 1984, Chron, 27.

53- Kadi Hanifi M. Le régime juridique de l'enquete d'utilite publique en matière d'expropriation, Rev.Idara, 2005, Vol 15, N° 29 , p 85 et s.

54- Lahlou-Khiar Gh, La preuve de la propriété foncière, Rev. Alg, 2013, N° Spécial, P 155.

55- Lahlou-Khiar Gh, A propos du certificat de possession institue par la loi portant orientation fonciere, Rev. Cour suprême, 2004, N° Spécial, t.2, P 167.

56- Lahlou-Khiar Gh, La force obligatoire du contrat, Rev. Cour suprême, 2010, N° Spécial, t.3, P 316.

57- Lahlou-Khiar Gh, La préscription acquisitive, Rev. Cour suprême, 2010, N° Spécial, t.3, P 285.

58- Lahlou-Khiar Gh, Preuve de la qualité d'héritier, Rôle de l'attestation notariée établie après décés, Rev. Cour suprême, 2010, N° Spécial, t.3, P 219.

59- Lahlou-Khiar Gh, Prescription de l'action en nullité du contrat, Rev. Cour suprême, 2010, N° Spécial, t.3, P 119.

60- Lahlou-Khiar Gh, sens et portée de l'article 30 de la loi 90/25, Rev. Cour suprême, 2010, N° Spécial, t.3, P 155.

61- Lahlou-Khiar Gh, La possession et les terres agricoles du domaine privé de l'etat, Rev. Cour suprême, 2010, N° Spécial, t.3, P 413.

62- Latrous (B), La publicité foncière en droit Algerien, Rev. Cour suprême, N° Spécial, t.1, 2004, P 43.

63- Legeais (D), Sûretés et Garanties du crédit, LGDJ, Paris, 1996.

64- Lepage (H), Pourquoi la propriété, éd. Hachette, Paris, 1970.

65- Lepage (H), Le voisinage, Defrénois, Paris, 1999.

66- Linant de Bellefonds (Y), Traité de droit Musulman comparé, Paris, 1965/1973 (3 tomes).

67- Leveneur L. Situation de fait et droit privé, LGDJ, Paris, 1990.

68- Lochouarn D , Les servitudes légales de voisinage, Rev.Huissiers, 1998, p 841 et s.

69- Malabard, La notion d'épave, Thèse, Paris, 1939.

70- Malinvaud (Ph), Les dommages aux voisins dus aux opérations de constructions, RDI, 2001, 479.

71- Malaurie (Ph) et Aynès (L), Les Biens. 3° éd, Defrénois, Paris, 2007.

72- Martin (D), De la nature corporelle des valeurs mobilières, D. 1996, Chron.47 .

73- Martin R, De l'usage du droit de propriété, RTDCiv, 1975, p 52 ets.

74- Marty (G), Raynaud (P), Jourdain (P), Droit civil, Les Biens, Dalloz,3e éd, Paris, 1995.

75- Marty J-P, Contribution à l'étude du du droit de superficie, Thèse, Toulouse, LGDJ, 1979.

76- Mazeaud (H.L et J), Leçons de droit civil, T3. sûretés réelles, publicité foncière, Montchrestien, Paris, 9é éd, 1997 par F.Chabas .

77- Mestre (J), Réflexions sur l'abus du droit de recouvrer sa créance, Mél. P. Raynaud, Dalloz-Sirey, Paris.

78- Michelet (E), La règle du non-cumul du possessoire et du pétitoire, Thèse, Paris, 1973.

79- Molfessis. Force obligatoire et exécution, un droit à l'exécution en nature, RDC, 2005, p.37 et s.

80- Muller M., L'acquéreur de bonne foi d'un meuble, R.T.D.Civ, 1989, p 697 et s.

81- Zénati (F), Essai sur la nature juridique de la propriété, Contribution à la théorie du droit subjectif , Thèse, Lyon, 1981.

82- Zénati (F), La propriété, mécanisme fondamental du droit, RTDCiv, 2006, 445.

83- Patault A-M, Introduction historique au droit des biens, PUF, Paris, 1989.

84- Piedelièvre S, Rép. Civ, Usage, Habitation.

85- Pillebout. Droit d'usage et d'habitation, JCP, 1976, 1, 282.

86- Pillebout. Contentieux du Droit d'usage et d'habitation, JCP, 1981, 1, 3049.

87- Pirovano, La fonction sociale des droits, D. 1972, Chron, 67.

88- Planiol (M) et Ripert (G),Traité Pratique du droit civil Français, T. 6 , 12 et 13, 2e éd par E. Becqué, 1953, Ed. Sirey, Paris, 1952.

89- Rahmani (A), Les biens publics en droit algèrien, Les éditions internationales, Alger , 1996.

90- Ramdan (Z), Quelques aspects de la servitude de passage, Rev. Cour suprême, 2004, N° Spécial, t.2, P 81.

91- Ranouil V et Caron C, Propriété, éléments, caractères et limitations, J-Cl Civ, Fasc 10.

92- Rémond-Gouillot M., Ressouces naturelles et choses sans maître, D, 1985, Chron, 27.

93- Renard G et Trotabas, La fonction sociale de la propriété privée, éd Sirey, Paris, 1930.

94- Robert A, Rép. Civ, Les Servitudes.

95- Savatier R, La propriété des volumes dans l'espace et la technique juridique des grands ensembles immobilièrs, D, 1976, Chr. 103.

96- Simler (Ph) et Delebecque (ph). Droit Civil, Les Sûretés, publicité foncière, Dalloz, Paris, 2é éd, 1995.

97- Simler (Ph), Copropriété et propriété en volume, antinomie ou symbiose, Mél. P. Catala, Litec, 2001, 179.

98- Terré (F), Simler (Ph) et Lequette (Y). Droit Civil, Les Obligations, Dalloz, Paris, 10é éd, 2009.

99- Trigeaud J- M, La possession des biens immobiliers, Thèse, Paris, Economica, 1981.

100- Vadamme (M), La Revendication des épaves terrestres, RTDCiv, 1943, p 157 et s.

101- Viatte, Bail à construction, Rev. Des Loyers, Paris, 1996..

102- Vincent (J), Voies d'Exécution et procédures de distribution, Dalloz, Paris, 13 éd, 1978.

103- Wallet P, Bornage, Clôture, in Rép.Civ.

104-Weill (A), Droit civil, Les Sûretés, La publicité foncière,Dalloz, Paris, 1979.

105-Weill (A), Terré (F), Simler (Ph), Droit civil, Les Biens, Dalloz,3e éd, Paris, 1985.

كتب صدرت للمؤلف

1- **الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية**، دار هومه، الجزائر، 2014.

2- **مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري**، في جزءين، دار هومه، الجزائر، الطبعة الثانية، 2016.

3- **أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري**، دار هومه، الجزائر، الطبعة الثانية، 2015.

4- **أحكام الزوجية وآثارها في ضوء قانون الأسرة الجزائري**، دار هومه، الجزائر، الطبعة الثانية، 2015.

5- **أحكام التركات والمواريث في ضوء قانون الأسرة الجزائري**، دار هومه، الجزائر، الطبعة الثانية، 2015.

6- **الحماية القانونية للجثة الآدمية وفقا لأحكام القانون الطبي الجزائري**، دار هومه، الجزائر، 2016.

7- **النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني الجزائري**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة السابعة، مزيدة ومنقحة، في جزءين، 2016.

8- **بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري الجديد**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثانية، 2015.

9- **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**، في جزءين، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة السادسة، مزيدة ومنقحة، 2011.

10- **قانون الأسرة الجزائري الجديد معلقاً عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة**، خلال أربع وأربعين سنة (2010/1966)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الرابعة، مزيدة ومنقحة، 2012.

11- **أحكام التجارب الطبية على الإنسان**، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2012.

12- معـصومية الجثـة في الفقـه الإسـلامي والقـوانين الطبيـة والبيوأخلاقية المعاصرة، دار الثقافة، عمان، الأردن، الطبعة الثانية، 2015.

13- الوسيط في شرح الحقوق العينية في ضوء قواعد الفقه الإسلامي والأنظمة السعودية، دار الثقافة، عمان، الأردن، الطبعة الثانية، 2016.

14- الإطـار القـانوني للمرحلـة السـابقة علـى إبـرام العقـد في ضـوء القانون المدني المقارن، دار حافظ، جدة، السعودية، ط2، 2015.

15- الحـدود الشـرعية والقانونيـة والأخلاقيـة للتجـارب الطبيـة علـى الإنسان، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011.

16- مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011.

17- النظريـات العامـة في الفقـه الإسـلامي، ديـوان المطبوعـات الجامعية، الجزائر، 2001.

18- أبحاث ومذكرات في القانون الجزائـري والفقـه الإسلامي، في جزءين، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995.

19- المدخل لدراسة التشريع الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثانية، 1992.

الفهرس

طبع بمطبعة دار هومه – الجزائر 2017
34، حي لابروبيار – بوزريعة – الجزائر
الهاتف : 021.94.41.19 /021.94.19.36
الفاكس : 021.94.17.75 /021.79.91.84
www.editionshouma.com
email : Info@editionshouma.com

مؤلف هذا الكتاب في سطور:

- دكتور دولة في القانون الخاص، منذ عام 1984، من جامعة رين 1 (RENNES) بفرنسا، بتقدير" مشرّف جدّا".
- أستاذ بروفيسور بكليّة الحقوق والعلوم السّياسيّة، بجامعة وهران، منذ سنة 1993.
- أستاذ بروفيسور بكليّة القانون بجامعة الملك سعود، بالرّياض؛ وبجامعة الشّارقة بالإمارات العربيّة المتّحدة سابقا.
- عضو الهيئة العلميّة الاستشاريّة لمجلّة البحوث الفقهيّة المعاصرة، بالرّياض، منذ عام 2002 إلى يومنا هذا.
- خبير متعاون مع المجمع الفقهيّ الإسلاميّ، لرابطة العالم الإسلاميّ، بمكّة المكرّمة.
- عضو مجلس البحث العلميّ لجامعة الشّارقة، بالإمارات العربيّة المتّحدة سابقا.
- الحائز على جائزة البحث العلميّ، من جامعة الملك عبد العزيز، بجدّة، عام 2010.
- له عدّة مؤلّفات وأبحاث ومقالات، قانونيّة وفقهيّة محكمة، داخل الجزائر وخارجها.
- مختصّ في القانون المدنيّ (نظريّة الإلتزام)، وقانون الأسرة والمواريث، منذ أكثر من 35 سنة.

هذا الكتاب في سطور:

يبحث الجزء الأوّل من هذا الكتاب، في الحقوق العينيّة الأصليّة في القانون المدنيّ الجزائريّ (674 م إلى 881 من ق.م)، وفق آخر التّعديلات التّشريعيّة، مع المقارنة بالشّريعة الإسلاميّة أحيانا، والقوانين المدنيّة المقارنة أحيانا أخرى وكذا بالاعتماد قدر المستطاع وكلّما أمكن ذلك، على الاجتهاد القضائيّ الحديث للمحكمة العليا، وخاصة إجتهادات الغرفة العقاريّة في المنازعات المتعلّقة بالحقوق العينيّة إلى حين صدور هذه الطّبعة.

والكتاب يركّز أساسا على حق الملكيّة في ذاته، باعتباره من أهمّ الحقوق العينيّة الأصليّة، وأوسعها نطاقا في الحياة العمليّة ؛ كما أنه يتطرّق للحقوق العينيّة المتفرّعة عن حقّ الملكيّة، وهي : حقّ الإنتفاع، وحقّ الإرتفاق، والوقف، وحقّ الإستعمال، وحقّ السّكنى، وحقّ المساطحة، وحقّ الحكر.

كما أن الكتاب يتناول بالشّرح الأحكام العامّة للملكيّة الشّائعة، وكذا صورها الخاصة : كالأجزاء المشتركة في الملكيّة المشتركة في العقارات المبنيّة، والحائط المشترك، والطريق الخاصّ المشترك، وملكيّة الأسرة ؛ كما أنّه يعالج بتوسّع أسباب إكتساب الملكيّة في القانون المدنيّ الجزائريّ وهي: الإستيلاء، والعقد، والميراث، والوصيّة، والإلتصاق، والشّفعة، والحيازة.

دار هومه

للطباعة والنشر والتوزيع

34 حي لابروير - بوزريعة - الجزائر

الهاتف: 021 94 17 75 / 021 79 91 84 — الفاكس: 021 94 19 36 / 021 94 41 19

www.editionshouma.com

e-mail:info@editionshouma.com

5/555



السّعر: 1320 دج